دكتور
محمد رأفت عثمان

عقد الزواج

أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد ، فقد شاءت إرادة الخالق جل وعلا أن تخلق الميل لانصال الذكر بالأنثى ، وجعلته غريزة فيهما حتى يبقى النوع إلى ما شاء الله ، وكان يمكن أن يبقى النوع الإنسانى باتصال الرجل بالمرأة كما يتصل أى ذكر بأنثاه من الأنواع الأخرى المغايرة للإنسان ، ولكن لما كان الله عز وجل قد أراد برحمته وإنعامه تكريم بنى الإنسان وتفضيلهم على كثير من خلق، فقد شرع لهم الزواج لتحقيق بقاء نوعهم على الوجه الأكمل ، وبين سبحانه فى شريعته الخاتمة حدود الزواج ووضح أحكامه وكل ما يتصل به .

وهذا البحث الذى بين يدى القارىء يبين أركان وشروط صحة هذا العقد الذى حاطته شريعة الإسلام بسياج من الأحكام التى تظهر تعظيمه وخطره .

وكان المنهج الذى سرت عليه فى بحثنا هذا أنى قصدت المصدر القديم ، لأستطلع الرأى فى المسألة المطروحة للبحث ، ثم أقارن بين المصادر وأناقش الآراء وأدلتها كلما أمكن لى ذلك ، حتى أنتهى إلى رأى أطمئن له فأرجحه .

وإذا لم أستطع الترجيح بين الآراء لقوة أدلتها جميعا ، أو لعدم ظهور معنى زائد فى أحدها لى أطمئن له فى الترجيح ، فإننى اكتفيت فى مثل هذا بذكر استدلال كل رأى من الآراء التى ذكرتها .

هذا ، وقد خططت لأن تكون دراستى لأركان عقد الزواج وشروط صحته فى مقدمة وسبعة فصول .

أما المقدمة ، فقد جعلتها خاصة ببيان حال الزواج عندالعرب فى جاهليتهم ، وللتعريف بعقد الزواج ، وإيضاح مشروعيته ، والأدلة التى قامت على ذلك .

وأما الفصل الأول ، فقد خصصته للكلام عن الخطبة وما يتعلق بها من قضايا .

وأما الفصل الثانى ، فقد عقدته للكلام عن أول أركان عقد الزواج وهو صيغة العقد .

والفصل الثالث ، لبيان الركن الثانى من أركان هذا العقد ، وهو المحل .

ونظرا إلى أن الكلام عن الركن الثالث وهو الولى طويل جداً ، فلم أفرد له فصلا واحدا يستوفى كل مباحثه ، بل وزعت بحوثه على أكثر من فصل ، فعقدت الفصل الرابع للكلام عن الولى فبينت من هو الولى فى الزواج ، وآراء العلماء فى عقد الزواج بعبارة المرأة ، وشروط الولى ، وترتيب الأولياء ، وولاية الابن على أمه ، وغير ذلك من قضايا قريبة الصلة بهذه المباحث .

ثم عقدت الفصل الخامس للكلام عن ولاية الإجبار .

والفصل السادس للكلام عن عضل الولى أى منعه المرأة من الزواج .

والسابع والأخير عقدته للكلام عن الشهادة فى عقد الزواج .

والله تعالى أسأل أن يلهمنا — جميعا — الصواب ، وأن يجنبنا الزلل فيما نقصد من أمور ، هو حسبي ونعم الوكيل ، عليه توكلت وإليه أنيب .

دكتور محمد رأفت عثمان

مقدمة

وتشتمل على ما يأتى :

١ — تمهيد .
٢ — الزواج عند العرب فى الجاهلية .
٣ — التعريف بالزواج والنكاح فى لغة العرب .
٤ — حقيقة النكاح عند الفقهاء .
٥ — التعريف بعقد الزواج عند الفقهاء .
٦ — سبب شرعية الزواج ، والأصل فى مشرعيته .
٧ — آراء العلماء فى صفة الزواج المشروع .
٨ — الزواج والأحكام الخمسة .

تمهيد

يذهب بعض العلماء الأوروبيين من الإنجليز والألمان إلى أن البشرية لم تصل إلى نظام الزواج الراقى الذى وصلت إليه الآن إلا بعد أن مرت بمراحل متعددة فى علاقة الرجل بالمرأة تحت السقف الذى يظللهما . ويؤكدون أنه ثبت أن المرأة فى القبائل المتوحشة قديما لم تكن فى علاقتها الجنسية مختصة برجل واحد بل كان النساء حقا مشاعا للرجال يتناولونهن بحسب التراضى والاتفاق بينهم وبينهن .

ونظراً إلى أن العلاقة الجنسية للمرأة حينئذ لم تكن مختصة برجل واحد بل برجال متعددين لم يكن الرجل فى هذا الوقت هو سيد البيت بل كانت الأم هى رئيسته وسيده فلا أب متعين لأبنائها حتى يكون له الرياسة على المسكن الذى تقيم به .

وطبيعى أنه لم يكن من المتصور أن تستمر هذه الحال التى تشبه حال الحيوان فى علاقة ذكره بأنثاه فكانت البشرية كلما ارتقت فى مستواها أحست بضرر هذا الشيوع الجنسى بين الرجل والمرأة وتميل إلى الاختصاص فى العلاقة الجنسية بين النوعين .

وتدرج الأمر على سلم التطور فى هذا المجال درجة درجة فكان أول الاختصاص فى القبيلة أن يكون نساء كل قبيلة مختصات برجالها فلا يكن لهن اتصال جنسى برجال القبائل الأخرى .

ولم تزل الإنسانية ترتقى حتى وصلت إلى النظام الذى يختص فيه الرجل الواحد بعدة من النساء لا يحصرهن عدد معين بل يكون ذلك بحسب ما يتهيأ له من الأسباب ويتيسر .

وحينئذ انتقل تاريخ العائلات إلى مرحلة جديدة صار فيها الأب هو عمود النسب وأساس البيت .

هذا هو ما يراه بعض الباحثين من الإنجليز والألمان[١] .

ونحن نرى أن هذه النظرية لايصح أن تسلم على إطلاقها فإنه مما لاشك فيه أن الرسالات السماوية وجدت فى فترات مختلفة من حياة البشر من حين نزول آدم عليه السلام إلى الأرض إلى أن بعث الله محمداً صلى الله عليه وسلم.

ومما لاشك فيه أيضاً أن هذه الرسالات كانت مرشدة للانسان إلى أن يسمو فى علاقة ذكره بأنثاه فبينت له طريق الزواج وآداب معاشرة الرجل لزوجته .

فالزواج لم يتأخر ظهوره كما يدعى أصحاب هذه النظرية بل آدم عليه السلام بعد أن نزل هو وزوجته إلى الأرض بين لأولاده علاقة الزواج .

وهكذا بين كل رسول أرسله الله عز وجل إلى قومه من لدن آدم إلى أن أرسل الله خاتم المرسلين محمداً صلى الله عليه وسلم .

وإذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن أن نتصور التدرج من شيوع النساء فى التمتع بالجنس بين الرجال إلى أن وصل التدرج إلى المرحلة الأخيرة التى نعرفها الآن .

إنه يجب أن يقال : إذا كان للنظرية السابقة نصيب من صحة فيمكن أن تكون هذه التطورات فى بيئات قد بعدت عن نور الرسالات السماوية فترة طويلة أو قصيرة وأما أن تكون هذه النظرية حكما عاما على جميع البيئات التى عاشت على وجه البسيطة فهذا هو محل الشك بل موضع الإنكار .

---

(١) تفسير القرآن الحكيم تأليف السيد محمد رشيد رضا ج ٤ ص ٣٥٥

الزواج عند العرب فى الجاهلية :

إذا ما نظرنا إلى العرب فى جاهليتهم قبل ظهور الدين الذى بشر به محمد صلى الله عليه وسلم نر أنهم كانوا قد وصلوا إلى مستوى فى هذا الشأن كان الزواج الشرعى فيه هو الأصل فى تكوين العائلات وصار الرجل هو أصل النسب وعمود البيت ، وغاية الأمر أنهم كانوا لايقفون عند حد معين فى عدد النساء اللاتى يكن فى عصمة رجل واحد .

ووصلوا إلى مستوى اعتبار اتصال امرأة واحدة بعدة رجال زنا مذموما يجب أن تنأى بنفسها عنه كل حرة من حرائر النساء .

وكان تصورهم للزنا المذموم تصورا ناقصا، إذ بينما هم يعتبرون وقوع الزنا من المرأة الحرةمذموما نراهم لايعتبرون وقوعه من الإماء كذلك ولايعتبرون زنا الرجل عاراً أو معيبا(١) .

ومن هذا التصور الناقص للزنا أنهم كانوا لايرون فى أنواع معينة من اتصال المرأة بالرجل شيئاً مذموما مع أن هذه الأنواع هى فى حقيقتها زنا ، وانظر معى فى بعض صور النكاح التى كانت واقعة بينهم تر هذا النقص فى تصورهم للزنا المذموم .

فقد روت السيدة عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها: أن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء(٢) فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها(٣) ثم ينكحها .

---

(١) تفسير القرآن الحكيم للسيد محمد رشيد رضا ج ٤ ص ٣٥٦

(٢) أنحاء جميع نحو أى ضرب

(٣) أى يعين صداقها ويسمى مقداره ثم يعقد عليها .

ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها[١] أرسلى إلى فلان فاستبضعى منه[٢] ويعتز لها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذى تستبضع منه فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب وإنما يفعل ذلك رغبة فى نجابة الولد[٣] فكان هذا النكاح يسمى نكاح الاستبضاع .

نكاح آخر ، يجتمع الرهط دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم فيصيبونها فإذا حملت ووضعت ومر ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم : قد عرفتم الذى كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان فتسمى من أحبت باسمه فيلحق به ولدها لايستطيع أن يمتنع منه الرجل .

ونكاح ، يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لاتمتنع عمن جاءها وهى البغايا ينصبن على أبوابهن الرايات علما[٤] فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت جمعوا لها ودعوا لها القافة[٥] ثم ألحقوا ولدها بالذى يرون فالتاط[٦] به ودعى ابنه لايمتنع من ذلك .

« قالت السيدة عائشة رضى الله عنها » فلما بعث الله محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم[٧] .

---

(١) أى طهرت من حيضها وكان السر فى ذلك هو الاحتمال الكبير فى حصول الحمل

(٢) استبضعى منه أى اطلبى منه المباضعة وهى الجماع

(٣) لانهم كانوا يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم فى الشجاعة أو الكرم أوغيرهما

(٤) أى وتكون علامة يعرفن بها .

(٥) القافة جمع قائف وهو من عنده القدرة على تمييز شبه الوالد بولده بالاثار التى قد تخفى .

(٦) التاط به أى استلحقه وأصل اللوط اللصوق .

(٧) انظر : صحيح البخارى بحاشية السندى جـ ٣ ص ٢٤٨ ، طبع دار إحياء الكتب العربية .

فالإسلام جاء بتحريم الزنا على كل من الرجل والمرأة حرة كانت أم أمة وشرع من أحكام الزواج ما سمت بها الإنسانية وارتفعت إلى آفاق لا يمكن أن يرقى إلى مستواها أى نظام سواها .

اعتراض وإجابة :

اعترض بعض العلماء بأن هناك من الأنكحة التى كانت عند العرب فى جاهليتهم لم تذكرها السيدة عائشة رضى الله عنها .

والأول من هذه الأنكحة نكاح الخدن ، وهو الذى نهى عنه القرآن الكريم فى قوله تبارك وتعالى : « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان »(١).

وقوله سبحانه : « والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان »(٢) .

ومعنى « المحصنات » العفائف عن الزنا لا يتعاطينه ، ولهذا قال : « غير مسافحات » ، والمسافحات هن الزوانى اللاتى لا يمنعن أحداً ممن يريد أن يرتكب معهن الفاحشة .

ومتخذات أخدان أى متخذات أخلاء . أو أصدقاء .

والمحصنين فى الآية الثانية أيضاً هم الأعفاء عن الزنا ، والمسافحون هم الزناة الذين لا يرتدعون عن معصية ولا يردون أنفسهم عمن جاءهم .

ومتخذى أخدان أى ذوى العشيقات الذين لا يفعلون الفاحشة إلا معهن(٣) .

(١) سورة النساء آية ٢٥ .
(٢) سورة المائدة آية ٥ .
(٣) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ١٩ و ٤٧٠ .

وكان العرب فى الجاهلية يقولون : ما استتر فلا بأس به ، وما ظهر فهو لوم .

والثانى : من هذه الأنكحة نكاح المتعة أى النكاح المؤقت بمدة معينة .

والثالث : نكاح البدل ، أخرج الدارقطنى بإسناد ضعيف جدا عن أبى هريرة أن البدل فى الجاهلية كان أن يقول الرجل للرجل: انزل لى عن امرأتك وأنزل لك عن امرأتى وأزيدك .

وقد أجاب الحافظ ابن حجر عن هذا الاعتراض بأن النكاح الأول لايصح أن يرد لأن السيدة عائشة رضى الله عنها أرادت أن تبين نكاح من لا زوج لها أو لها زوج لكن أذن الزوج لها فى ذلك .

وأما النكاح الثانى فمن المحتمل أن لايرد ، لأنه منع لكونه مقدراً بوقت ، لا أن عدم الولى فيه شرط .

قال ابن حجر : « وعدم ورود الثالث أظهر من الجميع »[١] ولعله يقصد بذلك أنه لكون إسناده ضعيفاً جداً لايصح أن يعترض به .

---

(١) فتح البارى جـ ٩ ص ١٤٥

التعريف بالزواج والنكاح فى لغة العرب
وفى اصطلاح الفقهاء

معنى الزواج فى اللغة :

استعملت كلمة الزواج فى لغة العرب بمعنى الاقتران والازدواج ، فمن استعمالها بمعنى الاقتران قول الحق تبارك وتعالى : « وزوجناهم بحور عين » أى قرناهم بهن ، من قوله تعالى : « احشروا الذين ظلموا وأزواجهم » أى وقرناءهم وقال صاحب مختار الصحاح : « والتزاوج والمزاوجة، والازدواج بمعنى »(١) .

معنى النكاح فى اللغة :

ورد استعمال لفظ النكاح فى لغة العرب بمعنى الزواج يقال : نكح فلان امرأة ينكحها نكاحا إذا تزوجها .

قال الأعشى فى النكاح بمعنى الزواج .

ولا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا(٢)

وورد استعمال لفظ النكاح أيضا فى لغة العرب بمعنى الوطء أى اتصال الذكر بالأنثى جنسيا ، تقول العرب « أنكحنا الفرا فسنرى » أى أضربنا فحل حمر الوحش الأتان ، فسنرى ما يتولد منهما(٣) أو جمعنا بين العير والحمار فسنرى ما سيحدث(٤) .

---

(١) مختار الصحاح مادة زوج .

(٢) تأبد أى توحش أى كن منها كالوحش بالنسبة إلى الآدميات فكما أن الوحش لايقرب الآدميات فكن كذلك مثله .

(٣) يضرب مثلا . لقوم يجتمعون على أمر لايدرون مايصدرون عنه ، الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود ج٣ ص ١١٠ طبع دار التحرير للطبع والنشر

(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول البزدوى ج ٢ ص ٨٥ مطبعة الشركة الصحافية العثمانية .

وقال الفرزدق :

إذا سقى الله قوما صوب غادية فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا
التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطى دجلة البقرا[١]

وقال الآخر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف[٢]

بل يذهب الأزهرى إلى أن أصل النكاح فى كلام العرب هو الوطء وأنهم لم يقولوا عن التزوج إنه النكاح إلا لأنه سبب الوطء المباح .

وقيل هو فى اللغة الضم والتداخل ، وهو مجاز فى العقد ، لأن العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة قال :

ضممت إلى صدرى معطر صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها

أى كما ضمت أم الغلام صبيها ، أو لأنه سببه فكانت الاستعارة جائزة لذلك[٣] .

ومن أجل أن العرب قد استعملوا لفظ « نكح » تارة بمعنى وطء وتارة بمعنى تزوج اختلف العلماء فى تفسير قوله تعالى : « الزانى لاينكح إلا زانية

---

(١) إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى للقسطلانى ج ٨ ص ٢ وكشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول البزدوى ج ٢ ص ٨٥

(٢) أهل اللغة لهم فى معنى « الأيم » رأيان :

الأول : أن الأيم هى المرأة التى لا زوج لها ، سواء أ كانت بكراً أم ثيبا ، وإن لم تكن قد سبق لها الزواج ، وكذلك الرجل الذى لا زوجة له ، فيقال : امرأة أيم إذا كانت خلية من زوج ، ورجل أيم إذا كان خليا من زوجة .

الثانى : أنه لايقال للمرأة « أيم » إلا إذا تزوجت ثم حلت بموت زوجها أو بطلاقها بكرا كانت أم ثيبا . انظر: الحاوى للماوردى ج ١٢ ورقة ٢٣ مخطوط بدار الكتب المصرية .

(٣) شرح الزرقانى على موطأ مالك ج ٢ ص ١٢٤

أو مشركة والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك ، فقال بعضهم إن المعنى : لايتزوج الزانى إلا زانية وكذلك الزانية لايتزوجها إلا زان .

وقال آخرون إن معنى النكاح هنا هو الوطء وعلى هذا فيكون المعنى : الزانى لايطأ إلا زانية والزانية لايطؤها إلا زان .

ولكن هذا التفسير بعيد لأنه كما يقول العلماء لم يرد لفظ النكاح فى كتاب الله تعالى إلا بمعنى « التزويج »[١] وذلك لأنه فى الوطء صريح فى الجماع وفى العقد كناية عن الجماع قال العلماء : وهو أوفق بالبلاغة والأدب[٢] .

يقول الله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم »[٣] فهذا مما لاشك فيه أن معناه التزويج لا الوطء وقال سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات »[٤] .

حقيقة النكاح عند الفقهاء :

يذهب جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية إلى أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء ؛ أى حقيقة شرعية فى العقد مجاز فى الوطء ، من قبيل اطلاق اسم السبب — وهو العقد — على المسبب وهو الوطء أى الاتصال الجنسى ، لأن الوطء متسبب عن العقد .

ومن العلماء من يرى أنه مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا[٥] .

(١) انظر : لسان العرب لابن منظور : المجلد الثانى مادة « نكح » ص ٦٢٥

(٢) شرح القاموس المسمى تاج العروس . المجلد الثانى ص ٢٤٢

(٣) سورة النور آية ٣٢

(٤) سورة الأحزاب آية ٤٩

(٥) المشترك إما أن يكون مشتركا لفظيا أو مشتركا معنويا .

فأما المشترك اللفظى فهو اللفظ الذى يتعدد وضعه ويتعدد معناه ، مثل كلمة « عين » فإنها موضوعة للباصرة ، وللجاسوس ، وغيرها ، ومثل كلمة « قرء » فإنها موضوعة للحيض والطهر .

=

ومنهم من يرى أنه حقيقة فيهما معا ، فلا يقال : هو حقيقة على الوطء أو على العقد منفردين ، بل على مجموعهما ، باعتبار مطلق الضم ، فالضم موجود فى العقد كما أنه موجود فى الوطء فهو من الألفاظ المتواطئة(١) .

= وأما المشترك المعنوى فهو اللفظ الذى وضع وضعاً واحداً لمعنى كلى يشترك فيه أفراد كثيرة ، وذلك مثل كلمة « موجود » فإنها موضوعة لمفهوم عام ، وهو المتصف بالوجود مطلقا ، سواء أ كان واجب الوجود كذات الله تبارك وتعالى فإنها واجبة الوجود ، أم كان ممكن الوجود كغير الله عز وجل من سائر مخلوقاته .

ويسمى هذا مشتركا معنويا لأن أفراده العديدة تشترك فى معناه ، وإذا أطلقت كلمة المشترك فإنها تنصرف إلى المشترك اللفظى . انظر أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢٣٧ .

هذا ، وقد منع قوم وجود المشترك فى اللغة ، واحتجوا بأن الغرض من المواضعة هو أن تتميز المعانى بالأسماء ليحصل بها الإفهام ، فلو كان هناك لفظ واحد وضع لمعنى ووضع لمعنى آخر خلاف هذا المعنى على طريق البدل لما فهم أحد بهذا اللفظ أحد هذين المعنيين هذا يؤدى إلى انتقاض الغرض من المواضعة .

ولكن جماهير العلماء تذهب إلى وجود المشترك فى اللغة ، والحجة فى هذا أنه لايوجد مايمنع أن تضع قبيلة من القبائل مثلا اسم « القرء » للحيض ، وتضعه قبيلة أخرى للطهر ويشيع ذلك ، ويخفى أن هذا الاسم قد وضع لهذين المعنيين من جهة قبيلتين ، فيفهم من هذا اللفظ عند إطلاقه الحيض والطهر على طريق البدل . انظر المعتمد لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى . الجزء الأول ص ٢٢ طبع المطبعة الكاثوليكية فى بيروت سنة ١٩٦٤

(١) ينقسم الاسم من حيث معناه إلى قسمين رئيسيين :

القسم الأول : أن يكون معناه واحدا .

القسم الثانى : أن يكون معناه كثيرا .

وسيقتضينا مقام بيان معنى « للتواطىء » أن نتكلم عن القسم الأول ، وهو الاسم الذى معناه واحد ، وليس بنا حاجة هنا إلى الكلام عن القسم الثانى أى الاسم الذى معناه كثير . =

والفرق بين الاشتراك والتواطؤ أن الاشتراك يقال على كل واحد منهما منفردا حقيقة ، أما المتواطىء فلا يقال حقيقة إلا عليهما مجتمعين فقط .

ويرى الحنيفة أنه حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد .

وسنذكر لك بعضا مما استدل به أصحاب كل رأى من هذه الآراء مرجحين فى النهاية الرأى الذى نراه مستحقا للترجيح .

فأما الذاهبون إلى أنه مشترك لفظى بين العقد والوطء فقد قالوا : إن استعمال لفظ النكاح قد تحقق فى العقد كما أنه قد تحقق فى الوطء والأصل كما

= فأما القسم الأول ، وهو إذا كان معنى الاسم واحدا فينقسم إلى القسمين الآتيين :

أولهما : أن يكون هذا المعنى الواحد متشخصا ، بمعنى أن يكون غير صالح لأن يقال على كثيرين .

ثانيهما : أن يكون هذا المعنى الواحد غير متشخص بمعنى أن يكون صالحا لأن يقال على كثيرين

فإن كان هذا المعنى متشخصا ولم يصلح لأن يقال على كثيرين كأحمد وخالد وفاطمة فإنه حينئذ يسمى فى عرف علماء النحو « علما » وذلك لأنه علامة تدل على شخص معين ، ويسمى فى عرف علماء المنطق « جزئيا حقيقيا » .

وإن كان هذا المعنى غير متشخص وصلح لأن يقال على كثيرين فإنه يسمى « كليا » والكثيرون هم أفراده سواء أكانوا أفرادا ذهنية ، أى ليس لهم وجود خارج الذهن أى ليس لهم وجود فى الواقع . أو أفرادا خارجية ، أى لهم وجود خارج الذهن ، أى لهم وجود فى الواقع .

وهذا الكلى ينقسم إلى قسمين :

أولهما : المتواطىء وثانيهما : المشكك

فأما المتواطىء فهو أن تكون أفراده الخارجية أو الذهنية متساوية فى حصوله وصدقه عليها ؛ وإنما سمى متواطئا لأن أفراده التى يصدق عليها متوافقة فى معناه ، مأخوذ من كلمة « التواطؤ » أى التوافق .

فمثال الذى أفراده الخارجية متساوية فى حصوله وصدقه عليها : الإنسان ، فإن الإنسان له أفراد فى خارج الذهن أى له أفراد موجودون فى الواقع ، وهو صادق على هذه الأفراد بالتساوى .

ومثال الذى أفراده الذهنية متساوية فى حصوله وصدقه عليها : الشمس ، فإن =

. . . .

الشمس لها أفراد فى الذهن فقط، وليس لها أفراد خارج الذهن، فالذهن يمكنه أن يتصور أن للشمس أفرادا لكن هذه الأفراد ليس لها وجود إلا فى الذهن فقط ، لأن الشمس واحدة لا تتعدد فى خارج الذهن أى لا تتعدد فى الواقع وإذا كان للشمس أفراد فى الذهن فإن هذه الأفراد متساوية فى صدق الشمس عليها .

وأما المشكك فهو أن لا تكون أفراده متساوية فى حصوله وصدقه عليها ، بل كان حصوله فى بعضها أولى ، أو أقدم ، أو أشد من البعض الآخر .

فالتشكيك إذن على ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : التشكيك بالأولوية ، وهو أن تكون أفراده مختلفة فى الأولوية وعدمها . وذلك مثل «الوجود» فإنه فى الواجب يكون أتم وأثبت وأقوى منه فى الممكن

الوجه الثانى : التشكيك بالتقدم والتأخر ، وهو أن يكون حصول معناه فى بعض الأفراد متقدما على حصوله فى البعض الآخر ، وذلك مثل « الوجود » أيضا فإن الوجود حاصل فى الواجب قبل أن يحصل فى الممكن .

الوجه الثالث : التشكيك بالشدة والضعف ، وهو أن يكون حصول معناه فى بعض الأفراد أشد من حصوله فى البعض الآخر ، وذلك أيضا مثل « الوجود » فإن معنى « الوجود » حاصل فى الواجب أشد من حصوله فى الممكن ، لأن آثار الوجود فى وجود الواجب أكثر من آثار الوجود فى وجود الممكن ، كما أن أثر البياض فى بياض الثلج أكثر مما هو فى بياض العاج .

والعلة فى تسمية « المشكك » بهذا الاسم هى أن أفراده مشتركة فى أصل معناه ومختلفة بواحد من الوجوه الثلاثة التى ذكرناها ، فالذى ينظر إليه إذا نظر إلى ناحية اشتراك أفراده فى أصل معناه خيل إليه أنه متواطىء لأن أفراده متوافقة فى معناه ، وإذا نظر إلى ناحية الاختلاف الحاصل بوجه من الوجوه الثلاثة المتقدمة خيل إليه أنه مشترك مثل الألفاظ التى لها معان مختلفة ، كالعين مثلا فإنه لفظ له معان مختلفة ، فله معنى الباصرة ، ومعنى الشمس ، ومعنى الجاسوس ، وغير ذلك .

فالذى ينظر إلى « المشكك » يتشكك : هل هو متواطىء او مشترك ، فهذه هى علة تسميته بهذا الاسم (انظر تحرير القواعد المنطقية ، لمحمود بن محمد الرازى المتوفى سنة ٧٦٦ هـ شرح الرسالة الشمسية لعمر بن على القزوينى المعروف بالكاتبى المتوفى سنة ٤٩٣ هـ ص ٣٨ ، ٣٩ مطبعة دار إحياء الكتب العربية والإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلى بن سليمان المرداوى ج ٨ ص ٥)

هو معروف فى الاستعمال هو الحقيقة فيكون حقيقة فى كل من الوطء والعقد[١] .

وأما الذين يرون أنه من الألفاظ المتواطئة فقد عللوا رأيهم بأن التواطؤ خير من الاشتراك والمجاز لأنهما على خلاف الأصل فى استعمال الكلمات .

أدلة الحنفية :

وأما الحنفية فقد اعتمدوا فى رأيهم على عدة أمور منها :

ورود لفظ النكاح فى القرآن الكريم وعلى لسان المصطفى صلى الله عليه وسلم واستعمال العرب مراداً به — كما يقولون — الوطء وروده بهذا المعنى كثير متعدد .

فمنه قوله تعالى : « ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا »[٢] .

والمعنى فى رأيهم النهى عن نكاح من وطئها الآباء ولهذا قالوا بحرمة أن يتزوج الابن المرأة التى زنى بها أبوه .

وقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره »[٣] فإن المعنى حتى يطأها الزوج الآخر .

ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : « ولدت من نكاح لامن سفاح » أى من وطء حلال لامن وطء حرام .

وقوله صلى الله عليه وسلم فى مجال بيان مايحل للرجل من التمتع بزوجته وهى حائض « يحل للرجل من امرأته الحائض كل شىء إلا النكاح » .

ومن استعمالاته الكثيرة فى لسان العرب بمعنى الوطء قول الشاعر :

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٣٤٠ طبع مصطفى محمد .

(٢) سورة النساء آية ٢٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٢٢

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

وقول الشاعر:

ومنكوحة غير ممهورة

وقول الفرزدق فى بيت سبق ذكره:

والناكحين بشطى دجلة البقرا

والاستعمال الكثير للفظ النكاح بمعنى الوطء يدل على أنه عند إطلاقه إنما يراد به الوطء لا العقد، وأما إذا كان المراد به العقد فلابد من وجود قرينة مانعة من حمله على الوطء كما فى قوله تعالى: « فانكحوهن بإذن أهلهن » فإن النكاح هنا مراد به العقد لوجود قرينة مانعة من إرادة معنى الوطء وهى أن الوطء لا يكون بإذن الأهل، وكما فى قوله سبحانه وتعالى: « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »[١] فإن القرينة التى منعت من إرادة المعنى الحقيقى وهو الوطء هى ذكر العدد فى قوله تعالى: « مثنى وثلاث ورباع »[٢].

أدلة الجمهور:

١ — كما قال الحنفية إن لفظ النكاح كثر استعماله فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بمعنى الوطء، قال الجمهور: إنه قد كثر ورود لفظ النكاح فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بمعنى العقد قال ابن فارس: لم يرد النكاح فى القرآن الكريم إلا بمعنى التزويج إلا قوله تعالى: « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح » فان المراد به الحلم[٣].

---

(١) سورة النساء آية ٣

(٢) انظر فتح القدير للكمال ابن الهمام ﺣ ٢ ص ٣٤٠

(٣) شرح الزرقانى على موطأ مالك ﺟ ٣ ص ١٢٤

وقال ابن حجر العسقلانى[1] ولا يرد مثل قوله سبحانه « حتى تنكح زوجا غيره » لأن شرط الوطء فى التحليل إنما ثبت بالسنة وإلا فالعقد لابد منه لأن قوله تعالى : « حتى تنكح » معناه حتى تتزوج أى يعقد عليها ومفهومه أن ذلك كاف بمجرده لكن بينت السنة أن لاعبرة بمفهوم الغاية بل لابد بعد العقد من ذوق العسيلة « لقوله صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقى عسيلته[2] ويذوق عسيلتك » كما بينت الأدلة أيضا أنه لابد بعد ذلك من طلاقها أو موت زوجها الثانى . ثم انتهاء عدتها[3] .

٢ - عند إطلاق لفظ النكاح لايتبادر الذهن إلا إلى معنى العقد لا إلى معنى الوطء فهو من الألفاظ التى نقلها العرف ولا يفهم الوطء منه إلا بقرينة صارفة عن العقد ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « ولدت من نكاح لامن سفاح » ، أى من وطء حلال لامن وطء حرام فإن القرينة هنا هى عطف السفاح ، بل إنه يمكن أن يحمل لفظ النكاح هنا على معنى العقد وإن كانت الولادة بذاتها من الوطء .

ومثل قوله صلى الله عليه وسلم « يحل للرجل من امرأته الحائض كل شىء إلا النكاح » ، فإن القرينة التى منعت هنا من إرادة معنى العقد وصرفت اللفظ إلى معنى الوطء هى إضافة المرأة إلى ضمير الرجل لأن امرأته قد سبق أن عقد

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٩ ص ٨٢ . طبع المطبعة الخيرية .

(٢) العسيلة تصغير عسل والتاء أتى بها للمبالغة ، وقال بعض العلماء إنه يؤنث مجازا فيكون عسيلة تصغير عسلة مؤنث عسل وكلمة عسل عند إطلاقها تنصرف لعسل النحل ، وفى الكلام استعارة تصريحية ، شبه الوطء بالعسل ، والجامع بينهما أن النفس تميل لكل منهما واستعار اسم المشبه به وهو العسل للمشبه وهو الوطء . حاشية الشرقاوى .

(٣) فتح البارى ج ٩ ص ٨٢ وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٥

عليها . فيلزم هنا إرادة الوطء من النكاح الذى استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم مما يحل الرجل من زوجته وهى حائض وإلا لكان المعنى فاسدا ، لأنه يكون معناه — لو كان معنى النكاح فى هذا الحديث الشريف هو العقد — : يحل من المعقود عليها كل شىء إلا العقد عليها[١] .

٣ — صحة نفى النكاح عن الوطء فيمكن أن يقال : هذا وطء سفاح وليس نكاحا وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله : « ولدت من نكاح لا من سفاح » . وما دام يصح نفى النكاح عن الوطء فهذا دليل على المجاز فلا يكون حقيقة فى الوطء ، وهذا رد على القائلين بأنه حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد، ورد أيضا على القائلين بأنه حقيقة فيهما معا .

٤ — النكاح هو أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح وهما : الإنكاح والتزويج ، ولما كان لفظ التزويج حقيقة فى العقد فكذلك يجب أن يكون لفظ الإنكاح حقيقة فيه[٢] .

٥ — لو كان النكاح حقيقة فى الوطء لما كان مقبولا أن يكنى به عن العقد لأنه يستقبح ذكر الوطء كفعله ، والمعهود فى التعبير العربى أن يكنى بغير القبيح عن القبيح ، وإذا كان ذكر الوطء مستقبحا والعقد لا يستقبح ذكره ، فيكون من غير المعهود فى الأساليب العربية أن يكنى بالنكاح الذى هو الوطء عن العقد[٣] .

٦ — كونه حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر أولى من الاشتراك لأن المجاز أكثر من الاشتراك بالاستقراء ، والكثرة تفيد الظن فى محل الشك[٤]

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٣٤٠

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٣ طبع مطبعة المنار

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ج ٥ ص ١٣٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٢٣

(٤) شرح الأسنوى ج ١ ص ٢٩٢ والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٣

والشافعية ومن معهم يريدون بهذا الاستدلال أن يردوا على من قال إنه مشترك فى العقد والوطء .

ويرد على الحنفية فيما ذهبوا إليه من أن معنى النكاح فى قوله سبحانه ، « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف »هو الوطء، يرد عليهم بأن المعنى هو النهى عن أن يعقد الابن على من عقد عليها أبوه، لأن المعنى لو كان كما يقول الحنفية هو النهى عن الوطء لما كان فى النص الكريم كبير فائدة، لأن النهى فى الشريعة عام عن وطء أية امرأة لا يملكها الرجل بعقد النكاح أو بملك اليمين سواء أكانت حليلة لأبيه أم ليست حليلة لأبيه .

وكذلك لا يسلم لهم أن معنى « تنكح » فى قوله سبحانه : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وطء الزوج الآخر ، بل معناه كما سبق بيانه حتى تتزوج ولكن شرط الوطء فى تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها إنما ثبت بالسنة الكريمة كما وضحنا ذلك سابقا عند الاستدلال للشافعية .

وبعد : فبالتأمل فى الأدلة التى ذكرها الجمهور والرد على دليل الحنفية والقائلين بالاشتراك ، والقائلين بأنه من قبيل المتواطىء نرى قوة ما يذهب إليه الجمهور من أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء .

فائدة هذا الخلاف :

من الآثار التى يمكن أن تترتب على خلاف العلماء فى النكاح هل هو حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء أو بالعكس ما لو حلف شخص أن لا ينكح فهل يحنث بمجرد أن يعقد على امرأة أم أنه لا يحنث إلا إذا وطئها .

فعلى القول الذى يرى أن النكاح حقيقة فى العقد فإن هذا الشخص يحنث بمجرد أن يعقد على امرأة ولزمته حينئذ كفارة اليمين . إلا إذا نوى بالنكاح الوطء .

وأما على الرأى القائل بأن النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد فإنه لا يحنث إلا إذا وطئها ، إلا إذا كان ينوى بالنكاح فى يمينه العقد .

ومن الآثار التى يمكن أن تترتب على هذا الخلاف أيضاً لو زنى رجل بامرأة فلا يثبت بذلك مصاهرة عند القائلين بأن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء .

ولهذا فإن الشافعية يرون أن الرجل إذا زنى بامرأة لا يكون ذلك محرما لأن يتزوج ابنه إياها ، والحنفية لأنهم يذهبون إلى النكاح حقيقة فى الوطء يرون أن زنا الأب بامرأة يجعل زواج الابن منها محرما[1] .

ومن الآثار أيضاً إذا علق رجل طلاق امرأته على النكاح فان الطلاق يقع بمجرد العقد عند من يرون أن النكاح حقيقة فى العقد إلا إذا كان ينوى الوطء ، ولا يقع عند من يرون أنه حقيقة فى الوطء إلا إذا وطىء إلا إذا كان ينوى غير ذلك[2] .

التعريف بالنكاح فى اصطلاح الفقهاء :

نحب أن نشير فى البدء إلى أن بعض الكاتبين يسمى هذا التعريف تعريفاً شرعيا ، وهذا غير مسلم إلا إذا أريد به عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح فإنه لم يثبت أن الشارع نقله من معناه اللغوى إلى معنى آخر ، وإنما تكلم به الشارع الحكيم على وفق اللغة وعلى هذا فالأولى أن لا يقال : تعريف النكاح شرعا وإنما يقال : تعريفه فى اصطلاح الفقهاء أو تعريفه فى عرف أهل الشرع[3] .

---

(١) انظر : نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص ١٣٨
(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٢٣ وتحفة المحتاج جـ ٧ ص ١٨٣
(٣) الكمال بن الهمام فى فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤١

بعد هذا نقول : إن بعض الشافعية قد عرفه بقوله : « عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج »[١] .

وكأن البعض الآخر من الشافعية لم ير أن هذا التعريف يمكن أن يكون جامعاً لعقد النكاح إذا كانت لغة المتعاقدين هي العربية ولعقد النكاح إذا كان المتعاقدان ممن لا يتكلمون لغة العرب فقال العلامة محمد الشربيني الخطيب ـ أحد فقهاء الشافعية وبعض آخر منهم ـ في تعريف النكاح هو : « عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته »[٢] فزاد في التعريف كلمتي « أو ترجمته » .

وكلمة عقد في التعريف جنس يشمل جميع العقود سواء أكانت عقد نكاح أم غيره .

التعريف بالعقد :

ورد استعمال كلمة العقد في اللغة العربية بعدة معان ، منها الإمساك والتوثيق ، ومن ذلك لفظ « العقدة » فان العرب قد أطلقته على ما يمسك الحبل ويوثقه .

ومن معاني كلمة « العقد » أيضا ، العهد ، ومن ذلك قولهم ، عاقدت فلانا على كذا . وعقدته عليه ، ومعناه عاهدته .

وتجيء أيضا بمعنى الإحكام والإبرام ، ومن هذا القبيل قولهم : عقدة النكاح ، أي إحكامه وإبرامه[٣] .

وإذا ما انتقلنا من ناحية اللغة إلى اصطلاح الفقهاء لتبين معنى العقد

---

(١) انظر حاشية القليوبي على شرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢١٩ طبع المطبعة الميمنية

(٢) انظر : مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب ج ٢ ص ١١ وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٦٣ .

(٣) المصباح المنير ، لأحمد بن علي المقرى الفيومي ، باب العين والقاف والدال .

فى اصطلاحهم ، فسنجد أنهم قد اتفقوا على أن كل ما يحدث بين طرفين ، وكان الالتزام فيه متوقفاً على توافق إرادتين يسمى عقدا ، وذلك كعقد البيع وعقد الإجارة ، وعقد الرهن وغير ذلك[١] .

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما يصدر من طرف واحد ، ويترتب عليه حكم شرعى ، هل يمكن أن يسمى هو الآخر عقدا أو لا يسمى عقدا .

هذا وقد اختلفت تعابير العلماء فى تعريف العقد ، فعرفه بعضهم بأنه : « ارتباط إرادة بأخرى على وجه يترتب عليه التزام مشروع »[٢] وعرفه البعض الآخر بأنه : « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله »[٣] وهو نفس تعريف صاحب مرشد الحيران إذ عرفه فى المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه[٤] .

وجملة يتضمن إباحة وطء فى تعريف النكاح تخرج ما عدا عقدالنكاح وشراء الأمة للتمتع بها .

ولأن عقد النكاح لاينعقد عند الشافعية إلا بأحد لفظى الإنكاح والتزويج جيء فى التعريف بقيد هو : « بلفظ إنكاح أو تزويج » .

وتعبير الشافعية بالإباحة مشير إلى أن الزوج بهذا العقد يملك الانتفاع ببضع المرأة وليس مالكا لمنفعته[٥] .

(١) شرح العناية للبابرتى ج ٥ ص ٧٣ ، ج ٦ ص ١٠٨ ونهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٢ ، ج ٤ ص ١١ .

(٢) انظر فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية . رسالة دكتوراه لعلى احمد مرعى ص ١ ، ٢ .

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقاء فى المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٩١ مطبعة دار الفكر

(٤) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ج ١ ص ٤٠

(٥) حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢١٩

تعريفه عند الحنفية :

أما الكمال بن الهمام أحد كبار فقهاء الحنفية فقد عرف عقد النكاح بقوله « عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً » .

ويقصد بالقيد الأخير إخراج وطء الأمة للتسرى لأن شراء الأمة للتسرى يفيد الحل ضمناً ، والمراد بالوضع وضع الشارع فليس المراد وضع المتعاقدين له ، فلا يرد على هذا التعريف أنه قد لا يكون قصد من اشترى أمة إلا أن يتمتع بها .

والمراد بالعقد مجموع الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع القبول الصادر من الآخر أو كلام عاقد واحد قائم مقامهما كما إذا زوج الجد ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة[١] .

وأما الإيجاب فقد عرفه بعض الحنفية بأنه : إصدار الصيغة الصالحة لإفادة العقد ، وضعفه ابن الهمام بأن هذا التعريف مع أنه صادق على الإيجاب صادق أيضاً على القبول ، زيادة على أنه يخالف الواقع من العرف المشهور من أن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لإفادة العقد بقيد كونها أولا ، وأما القبول فهو الصيغة الصالحة لإفادة العقد بقيد كونها ثانيا[٢] . وسنتكلم عن آراء العلماء فى معنى كل من الإيجاب والقبول عند كلامنا عن أول أركان النكاح وهو الصيغة .

وتعبير بعض الحنفية فى التعريف بتملك المتعة يقصد به حل استمتاع الرجل بالمرأة ، كما بين ذلك صاحب الدر المختار[٣] وهو المعنى الذى صرح به الشافعية فى تعريفهم لعقد النكاح إذ قالوا : عقد يتضمن إباحة وطء .

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ح ٢ ص ٣٤١ (٢) المصدر السابق ج ٢ ص ٣٤١

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد علاء الدين الحصكفى ، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٥ . الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣ هـ

وقد اختلف الحنفية ، هل للزوج ملك المتعة بمعنى اختصاصه بمنافع بضع الزوجة وسائر أعضائها استمتاعا ، أو ملك ذات الزوجة و نفسها فى حق التمتع[١].

ويبين الدبوسى المقصود من الملك فيقول : « إن هذا الملك ليس حقيقيا بل فى حكمه فى حق تحليل الوطء دون ما سواه من الأحكام التى لا تتصل بحق الزوجية »[٢].

ويرى ابن عابدين أن ملك الزوج للمتعة بالعقد هو ملك شرعى ، كملك المستأجر للمنفعة بالشخص الذى يستأجره للخدمة .

ولكن بعض الحنفية و بعض الحنابلة يرى وجوب أن يكون المراد بالملك الحل لا الملك الشرعى ، بدليل أن المرأة التى عقد عليها لو وطئها غير زوجها بشبهة فإنه يجب على من وطئها أن يدفع لها مهرها ، ولو كان الزوج يملك الانتفاع ببضعها حقيقة لكان يجب دفع بدله له .

ويجيب ابن عابدين على هذا ، بأن الزوج إذا كان يملك الانتفاع بالبضع حقيقة فإن هذا لا يستلزم أن يكون مالكا للبدل ، وإنما الذى يستلزم ذلك أن يكون مالكا لنفس البضع لا للانتفاع فقط ، كما إذا كان مالكا لأمة فوطئها غيره ، فإن المهر يجب دفعه له حينئذ ، لأنه يملك نفس بضع الأمة ، فهى كلها مملوكة له ، بخلاف الحال فى الزوج فإنه لا يملك نفس البضع ولكنه يملك الانتفاع بالبضع[٣] .

---

(١) البدائع للكاسانى ج ٢ ص ٣٣١ طبع شركة المطبوعات العلمية الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٥

(٣) المصدر السابق ج ٢ ص ٢٦٥ وكشاف القناع ج ٥ ص ٦

تعريف النكاح عند المالكية :

عرفه أحمد الدردير من كبار علمائهم بأنه : عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة »[١]

ومعنى التمتع الاستمتاع والانتفاع والتلذذ ، والتمتع بالأنثى شامل للوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك .

وقوله فى التعريف : لحل تمتع الخ ، بيان للعلة الباعثة على عقد النكاح وهو قيد يخرج به ما عدا عقد النكاح من سائر العقود ، ومن هذه العقود التى تخرج بهذا القيد عقد شراء الأمة حتى ولو كان الشراء حاصلا ممن يريد أن يستولدها لأن الأصل فى عقد شراء الأمة ليس هو حل التمتع بل هو ملك ذات الأمة وأن ينتفع بها انتفاعا عاما ، فهو عقد بيع كسائر ما يباع ويشترى .

ثم وصف الأنثى التى يحل التمتع بها بالعقد بأن تكون غير محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة كالأخت من النسب أو الرضاع وأم الزوجة وما ماثل ذلك وبأن تكون غير مجوسية لأن المجوسية لا يصح العقد عليها وبأن تكون غير أمة كتابية سواء أكانت مملوكة لكتابى أولا .

وهنا قد يرد اعتراض على هذا التعريف الذى أتى به الدردير وهو أنه كان الأولى به - بدلا من تفصيل المحرمات وهو ما يؤدى إلى التطويل فى التعريف - أن يقول : « عقد لحل تمتع بأنثى خالية من مانع شرعى ، وبهذا القيد وهو « خالية من مانع شرعى » يخرج المحرم والمجوسية ، والأمة الكتابية ، كما يخرج الملاعنة والمبتوتة والمعتدة من غير مريد النكاح والمحرمة بالحج أو بالعمرة ، فكل أولئك محرمات قام بهن المانع الشرعى .

وقد ذكر الدردير هذا الاعتراض وأجاب عليه بأنه إنما قصد بقوله غير محرم الخ إخراج من قام بها مانع أصلى ، فالمحرم والمجوسية والأمة الكتابية

---

(١) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٢ ص ١٩٤ طبع مطبعة المدنى .

كاهن بهن مانع أصلى يمنع من جواز العقد عليهن ولكن الملاعنة منه والمبتوتة منه والمعتدة من غيره والتى أحرمت بالحج أو بالعمرة كل واحدة منهن كان يجوز له أن ينكحها لو لم يقم بها من وصف عرضى طرأ عليها بعد أن كانت حلالا له . وأما الصيغة فهى الإيجاب والقبول .

لا يصح عقد الزواج إلا من جائز التصرف :

عقد الزواج عقد من عقود المعاوضات ، أى كل من الطرفين يعطى عوضا للطرف الآخر ، ولهذا لا يصح أن يتولى هذا العقد إلا جائز التصرف ، وعلى هذا فإذا عقد الصبى أو المجنون فلا يكون العقد صحيحا ، كما لا يصح منهما عقد البيع ، وأما المحجور عليه لسفه فيرى بعض الفقهاء عدم صحة زواجه من غير أن يأذن له وليه ، وعللوا هذا بأن عقد الزواج عقد يستحق به المال وهو المهر ، فلا يكون صحيحا بدون إذن الولى ، ويصح إذا أذن له وليه ، لأن المفروض أن وليه لا يأذن له إلا فيما يرى فيه مصلحته ، ويرى البعض الآخر أن عقد الزواج يصح من السفيه حتى ولو كان محجورا عليه(١) .

سبب شرعية الزواج :

شرع الزواج لعديد من الأسباب ، نذكر لك بعضاً منها .

١ — بقاء النوع الإنسانى على الوجه الأكمل ، فإن بقاء النوع الإنسانى يمكن أن يتحقق بإحدى وسيلتين : إما بوسيلة كالوسائل التى يصل بها ذكر السوائم إلى الأنثى من جنسه وهى وسيلة تنبذها وتنبو عنها كل فطرة إنسانية سليمة.

وإما بوسيلة كاملة الصورة يتعلق بها درء اختلاط الأنساب ودفع السفك

---

(١) المهذب لأبى إسحاق الشيرازى ج ٢ ص ٣٣

والتظالم وهى الوسيلة التى رفعنا الله بها فى الأحكام التى نظمت هـذا الأمر ورسمت له حدوده[١] .

٢ ـ صيانة العرض سواء أكان ذلك فى جانب المرأة أم فى جانب الرجل.

٣ ـ الائتناس والتحاب والتآلف والتمتع بلذة المعاشرة بين الزوجين[٢]. قال الله تعالى ممتنا على عباده : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون »[٣]

الأدلة على مشروعية الزواج :

الأصل فى مشروعية الزواج الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله سبحانه : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »[٤] . وقوله تبارك وتعالى: «وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم»[٥].

وأما السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم[٦] : يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة[٧] فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه

(١) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٣٤١

(٢) التاج الجامع للأصول . للشيخ منصور على ناصف ج ٢ ص ٣٠٩

(٣) سورة الروم آية ٢١

(٤) سورة النساء آية ٣

(٥) سورة النور آية ٣٢

(٦) فتح البارى بشرح البخارى ج ٩ ص ٨٦ .

(٧) قال الإمام النووى : اختلف العلماء فى المراد بالباءة هنا على قولين يرجعان إلى معنى واحد أصحها أن المراد معناها اللغوى وهو الجماع فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنه وهى مؤن النكاح فليتزوج ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنه فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شر منيه كما يقطع الوجاء وعلى هذا القول وقع الخطاب مع الشباب الذين هم مظنة شهوة النساء ولاينفكون عنها غالبا والقول الثانى : المراد بالباءة هنا مؤن النكاح سميت باسم مايلازمها ، وتقديره من استطاع منكم مؤن النكاح =

بالصوم فإنه له وجاء[١] » .

ومنها ما روى من أن ثلاثة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءوا إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا كأنهم تقالوها فقالوا : وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم، قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، فقال أحدهم : أما أنا فأنا أصلي الليل أبدا ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا، فجاء إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا ؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني »[٢] .

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : « من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه ، والمعنى أن الفرج واللسان لما كانا مستويين في إفساد الدين جعل كل واحد منهما شطرا .[٣]

وقد أجمع[٤] المسلمون على أن النكاح مشروع[٥]

= فليتزوج ومن لم يستطع فليصم لدفع شهوته ، والذى حمل القائلين بهذا على ما قالوه قوله: « ومن لم يستطع فعليه بالصوم» قالوا والعاجز عن الجماع لا يحتاج إلى الصوم لدفع الشهوة فوجب تأويل الباءة على المؤن وانفصل القائلون بالأول عن ذلك بالتقدير المذكور » انظر فتح البارى ج ٩ ص ٨٥ و ٨٦

(١) أصل الوجاء الغمز يقال وجأه فى عنقه أى غمزه ووجأه بالسيف أى طعنه ووجأ أنثيه أى غمزها حتى رضهما . وسمى الصيام هنا وجاء بطريق التشبيه البليغ فالصيام لما كان يؤثر فى ضعف شهوة الجماع شبه بالوجاء ولا يصح أن يكون استعارة لوجود طرفى التشبيه

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٩ ص ٨٢

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٢٤

(٤) الإجماع هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر غير عصر الرسول على حكم شرعى ، وهو أحد الأدلة الشرعية كما دلت على ذلك النصوص ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتى على خطأ» وقوله : « لم يكن الله ليجمع أمتى على الضلالة » وقوله : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »

(٥) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٤

آراء العلماء فى صفة الزواج الشرعية

بيان محل الخلاف :

لا خلاف بين العلماء فى أن النكاح فى حالة ما إذا كان الرجل تائقاً إلى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن فيخاف من الوقوع فى الزنا ، وتوافرت له القدرة على المهر والنفقة ، لا خلاف بينهم فى أن النكاح فى هذه الحالة فرض على الرجل ، أى إذا لم يتزوج يأثم كسائر الفروض المكلف بها إذا تركها .

وذلك لأن التحرز عن الزنا واجب ، وهذا التحرز لا يتم إلا بالزواج ، والقاعدة أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (١) .

ولكن العلماء يختلفون فى حالة الاعتدال ، وهى ما إذا كان الرجل غير تائق للنساء على الصورة المذكورة ، هل يجب عليه النكاح؟ أم أن ذلك مستحب له ، أم هو مباح له إن شاء فعله وإن شاء تركه .

وخلاف العلماء فى هذه الناحية يمكن أن نجمله فى ثلاثة آراء .

الرأى الأول : الوجوب :

وهذا الرأى هو ما يراه داود بن على الظاهرى ، وابن حزم وأتباعهما ، فالنكاح عندهما فرض عين ، كالصلاة ، والصيام ، والزكاة ، والحج ، وغير ذلك من فروض الأعيان ، حتى إن الذى يترك الزواج مع قدرته على الصداق والنفقة والوطء يأثم ، يقول ابن حزم : « وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد من أين يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولابد ، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم (٢) .

---

(١) شرح العناية على الهداية المحمدية لمحمد بن محمود البابرتى ج ٢ ص ٣٤٠

(٢) المحلى لعلى بن أحمد بن سعيد بن حزم ج ٩ ص ٤٤٠ طبع الطباعة المنيرية .

ولكون الحنفية يفرقون بين معنى الواجب والفرض [١] . فقد رأينا بعض الحنفية يذهب إلى أن النكاح فرض والبعض منهم يذهب إلى أنه واجب .

والقائلون من الحنفية بأنه فرض قالوا إنه فرض كفاية ، كالجهاد ، وصلاة الجنازة ، وغير ذلك من الأمور التى إذا فعلها البعض سقطت عن الباقين .

والقائلون منهم بأنه واجب مختلفون فى كيفية الوجوب ، فقال بعضهم إنه واجب على سبيل الكفاية كرد السلام ، وقال بعضهم : إنه واجب عينى لكن عملا لا اعتقاداً ، وعلى طريق التعيين كصدقة الفطر [٢] .

الرأى الثانى : الاستحباب :

وهذا هو رأى أكثر الشافعية ، إذ بينوا أن النكاح يكون مستحباً للرجل إذا توافر أمران :

الأمر الأول : أن تكون نفسه تائقة للوطء .

الأمر الثانى : أن يجدون النكاح من مهر وغيره .

ويرى بعض الشافعية أن الرجل إذا لم تتق نفسه إلى الوطء ، ولم تكن

---

(١) الفرض عند الحنيفة هو الطلب على سبيل الجزم إذا كان دليله قطعيا ، بأن يكون قرآنا أو سنة متواترة ، والواجب ما كان دليله ظنيا ، بأن يكون الدليل خبرا غير متواتر ، أو قياسا .

وهم كذلك يرون أن طلب الكف عن الفعل على سبيل الجزم ، إن كان الدليل فيه قطعيا فهو التحريم ، وإن كان الدليل فيه ظنيا فهو كراهة التحريم ، وأما إذا كان طلب الكف عن الفعل طلبا غير جازم فهو كراهة التنزيه ، وذلك كالنهى عن الوضوء من سؤر سباع الطير . الموجز فى أصول الفقه للشيخ عبد الجليل الفرنشاوى وآخرين ص ١٢

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٢ ص ٢٢٨

به علة تمنعه منه ، وكان واجداً لمؤن النكاح من مهر وخلافه ، ولم يشغل نفسه بنوافل العبادات ، فالنكاح بالنسبة إليه فى هذه الحال أفضل له من تركه ، لكيلا تفضى به البطالة إلى الفواحش ، وأما إذا كان سيتخلى للعبادة فالتخلى للعبادة حينئذ أفضل له من النكاح (١) .

ويذهب المالكية أيضاً إلى أن الأصل فى النكاح هو الندب ، فسواء عندهم أكان الرجل راغباً فى الوطء ، أو راغباً فى امرأة تقوم بشأنه راجياً النسل أو لم يرجه ، أم كان غير راغب ورجا النسل ، فالنكاح مندوب فى حقه يقول أحمد الدردير : الأصل فيه الندب ، لما فيه من التناسل ، وبقاء النوع الإنسانى ، وكف النفس عن الزنا الذى هو من الموبقات (٢) .

وكذلك يذهب إلى أن الأصل فى النكاح هو الاستحباب ، بعض الحنيفة كالإمام الكرخى (٣) وهو أيضاً رأى الحنابلة ، فقد صرحوا بأن من له شهوة يأمن معها الوقوع فى المحظور فالنكاح مستحب له ، بل يرون أن من هذه حالة فاشتغاله بالنكاح أولى من أن يتخلى لنوافل العبادات (٤) .

الرأى الثالث : الإباحة :

وممن قال بهذا الرأى أبو الحسن الماوردى ، وهو أحد كبار فقهاء الشافعية (٥) .

---

(١) شرح المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ٢٢٠

(٢) الشرح الكبير لأحمد الدردير جـ ٢ ص ٢١٥ والشرح الصغير لنفس المؤلف جـ ٢ ص ١٩٣

(٣) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٢٨

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٣٤

(٥) انظر : الحاوى الكبير لأبى الحسن الماوردى جـ١٢ من الورقة رقم ١٣ مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ٨٢ فقه شافعى .

هذا ، وقد نسب بعض الفقهاء إلى الإمام الشافعى أنه قال : « إن النكاح مباح كالبيع والشراء ، وإن التجرد للعبادة أفضل منه »[١] .

ولكننا إذا رجعنا إلى كتاب « الأم » للإمام الشافعى لنرى رأيه فى هذه الناحية فسنجد أنه يوضح أن الرجل إذا كان ولى نفسه والمرأة ، إذا كان كل منهما تتوق نفسه إلى النكاح ، أى تشتاق إليه وتشتهيه ، فإنه فى هذه الحالة يستحب له النكاح .

وأما إذا لم تتق نفس الرجل ، أو نفس المرأة إلى النكاح ، ولم يحتج أى منهما إليه ، بأن لم توجد عنده شهوة الجنس ، سواء أكانت لم تخلق فيه أصلا ، أم خلقت فيه لكنها ذهبت بعارض من العوارض التى قد تؤدى إلى ذهاب الشهوة ، ككبر السن ، أو المرض ، أو غيرهما ، فلا بأس أن يترك النكاح ، بل يستحب له ذلك ، ويتخلى لعبادة الله عز وجل .

هذا هو رأى الإمام الشافعى رضى الله عنه كما بينه فى كتابه « الأم »[٢] . ولكن الكاسانى ، والكمال بن الهمام ينسبان إليه القول بالإباحة كما بينا .

وأظن أننا لسنا فى حاجة إلى تأكيد أنه ما دام الأمر كذلك ، فإن الرأى الذى أوضحه صاحبه فى مؤلفه هو الأولى بالإسناد إليه من الرأى المنسوب إليه فى كتب أخرى غير كتبه ، بل وفى غير كتب أهل مذهبه الفقهى .

ولهذا ، فإننا سنثبت هذا الرأى القائل بأن النكاح مباح كالبيع والشراء باعتباره رأياً لبعض علماء الشافعية ، ولكننا لن ننسبه إلى الشافعى رضى الله عنه لما بيناه لك .

---

(١) انظر هذا القول منسوبا للامام الشافعى فى بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٢٨ وفى فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٣٤٢

(٢) الأم للأمام الشافعى ح ٥ ص ١٢٨ طبع المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢ هـ

أدلة الآراء

أدلة الرأى القائل بالوجوب :

الدليل الأول : قول الله تبارك وتعالى: « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » فهذا أمر من الله سبحانه ، وكل أمر يفيد الوجوب عند عدم وجود قرينة تصرفه عن الوجوب .

والجواب عن هذا الاستدلال ، أن الآية لو دلت على وجوب الزواج لما كان معلقا بطيب النفس فى قوله سبحانه « ماطاب لكم » ولكنه علق بطيب النفس ، فدل ذلك على أن الزواج ليس بواجب ، لأن الواجبات لا تتوقف على طيب نفس المكلف . فسواء طابت نفس الإنسان أو لم تطب فإنه ملزم بأداء الواجب فى كل أحواله ، فالصلوات الخمس ، وصيام رمضان ، والزكاة الواجبة . والحج وما ماثل ذلك ، يلزم الإنسان بالإتيان بها ولا يتوقف هـذا الإتيان على طيب نفسه .

الدليل الثانى : قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تكثروا ، فإنى أباهى بكم الأمم يوم القيامة » . وهـذا أمر ، والأمر يفيد الوجوب عند عدم القرينة .

والجواب : أن الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذا الخبر قد أمر بالزواج للمكاثرة بالأولاد ، والمكاثرة بالأولاد ليست واجبة ، فكذلك طريق المكاثرة وهو الزواج لا يكون واجبا ، لأن الطريق الموصل إلى غاية يأخذ حكم هذه الغاية[1] .

الدليل الثالث : ماروى عن عمر بن الخطاب أنه قال لأبى الزوائد: « مايمنعك

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى . مخطوط بدار الكتب المصرية ج ١٢ من الورقة رقم ١٣ .

من النكاح إلا عجز أو فجور ، وما روى عن معاذ أنه قال فى مرضه : « زوجونى ، لا ألقى الله عزبا » . وهذا إجماع ، لأنه قول صحابيين لم يظهر من غيرهما من الصحابة مايخالف ماقالاه ، والإجماع أحد الأدلة المعتبرة شرعا .

والجواب عن هذا الدليل، أن قول عمر لأبى الزوائد : « مايمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور » أتى به على طريق الترغيب فى الزواج ، لا على طريق الوجوب . ولو كان الزواج واجبا للزم أن يفعله أبو الزوائد .

وأما قول معاذ : « زوجونى لا ألقى الله عزبا » فقد قال بعض العلماء إن مادفع معاذا إلى قوله هذا أنه كان ذا أولاد ، ويمكن أن نقول أيضا إنه اختار أن يتزوج قبل أن يلقى الله استحبابا[١] .

الدليل الرابع: أن من المعلوم أن الإنسان يجب عليه أن يحفظ نفسه بالغذاء، ومعلوم أن فى الزواج من حفظ النفس مثل مافى الغذاء ، فلما كان من الواجب أن يحفظ الإنسان نفسه بالغذاء كان من الواجب أن يحفظها بالزواج .

والجواب عن هذا ، أن الواجب فى حفظ نفس الإنسان هو المقدار الذى يخاف من تركه أن يؤدى إلى التلف ، وليس فى ترك الزواج مايؤدى إلى الخوف من تلف نفس الإنسان[٢] .

الدليل الخامس : أن الرجل يجب عليه أن يعمل على إعفاف أمته[٣] ، فلما كان من الواجب على الرجل أن يعف أمته ، فإنه يلزم من ذلك أن يعمل على إعفاف نفسه بطريق الأولى .

وقد أجاب بعض العلماء عن هذا، بأن السيد لايجب عليه أن يعمل على إعفاف

---

(١) الحاوى الكبير ، المصدر السابق حـ١٢ ورقة رقم ١٤ .

(٢) المصدر السابق جـ١٢ ورقة رقم ١٣ .

(٣) الأمة هى الأنثى من الرقيق أى الجارية .

أمته ، كما لايجب على الرجل أن يعف ابنه بل هو مستحب ، ويمكن أن يجاب أيضا بأنه على الرأى القائل بوجوب إعفاف السيد لأمته فإنه لايلزم من ذلك وجوب إعفاف نفسه ، وذلك كما فى وجوب أن يقوم الرجل بكفاية ابنه من القوت والكسوة ولايجب عليه كفاية نفسه من القوت والكسوة. فكذلك الزواج يكون من الواجب عليه أن يعف أمته وليس من الواجب عليه أن يعف نفسه بالزواج[1] .

الدليل السادس : الامتناع من الزنا واجب كما هو معلوم ، ولايتوصل إلى الامتناع عن الزنا إلا بالزواج ، ومن القواعد المقررة أن مالايتوصل إلى الواجب إلا به فإنه يكون هو الآخر واجباً ، فالنكاح إذن واجب لأنه لاينوصل إلى الواجب وهو الامتناع عن الزنا إلا به[2] .

ويمكن أن يجاب على هذا بعدم التسليم بأنه لايتوصل إلى الامتناع عن الزنا إلا بالزواج، فإن الواقع غير هذا، فكثيرون لايقعون فى جريمة الزنا وليسوا متزوجين ، وكثيرون يقعون فيها وهم متزوجون .

وقـــد استدل بعض الحنفية الذاهبون إلى أن النكاح فرض على سبيل الكفاية بالقرآن الكريم والسنة النبوية .

فمن القرآن قوله تبارك وتعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تناسلوا تكثروا ، فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » .

ووجه الاستدلال على أنه فرض كفاية ، أن تعليق الحكم بالعام لاينفى كونه على الكفاية ، وذلك لأن الوجوب فى فرض الكفاية إنما يتوجه إلى كل المكلفين ، ولكن الذى يعرفنا أن هذا الوجوب يسقط بفعل المكلفين

---

(١) الحاوى الكبير ، المصدر السابق جـ ١٢ ورقة ١٤ .

(٢) البدائع ج ٢ ص ٢٢٨ .

هو معرفتنا بسبب شرعيته ، فإن كان بحيث يحصل بفعل بعض المكلفين كان الفرض حينئذ فرضا على الكفاية ، وقد نظرنا فى النكاح فعلمنا أن المقصود من الإيجاب فى النصوص الواردة فى هذا المجال هو تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ، ولهذا نجد هذه العلة قد صرح بها فى مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم . رواه أبو داود» وهذا المعنى يحصل بفعل بعض المكلفين[١]

ويمكن أن يجاب على الاستدلال بآية «فانكحوا ماطاب لكم من النساء» وبقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تناسلوا تكثروا » بما أجيب به سابقا عن الدليلين : الأول والثانى من أدلة القائلين بالوجوب .

وأما الذين يرون أنه واجب على سبيل الكفاية ، فانهم يعتمدون فى هذا على أن الثابت بخبر الواحد هو الظن ، وآية : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » لم تسق إلا لبيان عدد النساء اللاتى يحل للرجل أن يتزوجهن »[٢] .

وأما من ذهب من الحنفية إلى أن النكاح واجب عينى لكن عملا — لا اعتقادا — على طريق التعيين، فقد احتجوا بأن النكاح قد ورد الأمر به ، وصيغة الأمر التى لا توجد معها قرينة تحتمل أن يكون المأمور به فرضا ، كما تحتمل أن يكون المأمور به مندوبا .

بيان ذلك أن الأمر دعاء وطلب ، ومعنى الدعاء والطلب موجود فى كل واحد من الفرض والمندوب، فلا بد أن يؤتى بالفعل ، وهذا هو معنى القول بوجوب العمل .

قالوا : والقول بالوجوب على هذا الوجه فيه أخذ بالثقة والاحتياط ، وفيه احتراز عن الغرر بالقدر الممكن ، وذلك لأنه إن كان واجباً عند الله

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٢ .　　(٢) فتح القدير ج٢ ص ٣٤٢ .

عز وجل فقد خرج المكلف عن العهدة بفعل المأمور به فيأمن عقاب الله تعالى، وإن كان مندوبا حصل له ثواب المندوب .

وعلى المكلف أن يعتقد على الإبهام أن ما أراده الله عز وجل بصيغة الأمر من الوجوب القطعى أو الندب هو حق(١) .

والجواب أن احتمال أن يكون المأمور به مندوبا هو الأقوى من الاحتمال الثانى لوجود الأدلة التى سنبينها لأصحاب القول القائل بالاستحباب .

أدلة الرأى الثانى القائل بالاستحباب :

قبل أن تبدأ فى الاستدلال للرأى القائل بالاستحباب نحب أن نوضح أن بعض الأدلة التى استدل بها الرأى القائل باستحباب الزواج قد استدل بها أيضا الرأى القائل بالإباحة كما سنعرف ذلك قريبا ، والفرق بين اتجاه الرأى القائل بالاستحباب واتجاه الرأى القائل بالإباحة فى الاستدلال هو أن الرأى القائل بالاباحة قد ركز على أن الأدلة لاتقول بوجوب الزواج ، ومادام الوجوب قد انتفى فقد ثبتت الإباحة ، وأما الرأى القائل بالاستحباب فقد رأى أن الأدلة بجانب كونها لاتؤدى إلى وجوب الزواج فإن هناك أمرا آخر يجب ملاحظته وهو أن تعدد النصوص الآمرة بالنكاح مادامت لاتدل على وجوب النكاح فإنها تدل على استحبابه .

ولنشرع الآن فى بيان استدلال كل من الرأيين .

استدل القائلون بأن الأصل فى النكاح هو الندب أو الاستحباب بالأدلة الآتية .

الدليل الأول : قول الله تبارك وتعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »(٢) .

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٢٨ و ٢٢٩ . (٢) سورة النساء آية ٣ .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة يظهر من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن الله تبارك وتعالى حين أمر بالنكاح علقه على الاستطابة بقوله : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » وبما أن الواجب لايكون متوقفا على الاستطابة فدل هـذا على أن المراد بالأمر بالنكاح هو الندب .

الناحية الثانية : أن الله عز وجل قال : « مثنى وثلاث ورباع » والعدد لايجب فى النكاح بإجماع العلماء فهذا يدل أن الأمر بالنكاح يراد به الندب[1].

الدليل الثانى : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من استطاع منكم الباءة فليتزوج . ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على أن النكاح مندوب ، أن النبى صلى الله عليه وسلم أقام الصوم مقام النكاح ، ومعلوم أن الصوم هنا ليس بواجب ، فدل هـذا على أن النكاح أيضا ليس بواجب . لأن غير الواجب لايصح أن يقوم مقام الواجب ، فالأمر بالزواج هنا محمول على الندب وليس على الوجوب .

الدليل الثالث : أن الله تبارك وتعالى قد خير بين النكاح والتسرى[2] بقوله سبحانه : « فواحدة أو ماملكت أيمانكم[3] » وبما أن التسرى ليس واجبا فإن ذلك يدل على أن النكاح هو أيضا ليس بواجب ، لأنه لاتخيير بين واجب وغير واجب .

ونظراً إلى أن الأوامر قد جاءت حاثة عليه فى كثير من النصوص ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن التبتل أى ترك الزواج فإن هذا يفيد أن النكاح مستحب

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٣٣٤

(٢) التسرى : ملك الأنثى من الرقيق ليستمتع بها (٣) سورة النساء آية ٣

هذا وقبل أن نترك أدلة القائلين بالاستحباب نحب أن نختم هذه الأدلة بما استدل به إمامنا الشافعى رضى الله عنه على رأيه الذى ذكرناه سابقا .

استدل رضى الله عنه على أن النكاح مندوب لمن يحتاج إليه ، بأن الله عز وجل قد أمر بالنكاح ، ورضيه ، وندب إليه ، وجعل فيه أسباب منافع ، فقال تبارك وتعالى : « وجعل منها زوجها ليسكن إليها » وقال سبحانه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم » وقال « من أحب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح » .

واستدل الشافعى على أن ترك النكاح مستحب لمن ليس عنده شهوة الجنس والتخلى للعبادة أفضل له ، بأن الله عز وجل قد ذكر القواعد من النساء ، — أى اللاتى قعدن عن الحيض والحمل — ممن لا يرجون نكاحا لأنهن كبرن فى السن ، فلم ينههن عن القعود ولم يندبهن إلى النكاح ، بل بين أن التعفف أفضل لهن ، فقال سبحانه : « والقواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة » .

وأن الله تبارك وتعالى قد ذكر عبدا من المكرمين عنده وهو يحيى عليه الصلاة والسلام فقال : « وسيدا وحصورا » . فإذا ما علمنا أن الحصور هو الذى لا يأتى النساء ، وأن الله تعالى لم يندب به إلى النكاح كان هذا دليلا على أن الذى يندب له النكاح هو من يحتاج إليه ، ممن يكون مؤديا إلى إحصانه عن الحرام[1] .

أدلة الرأى الثالث القائل بالإباحة :

يستدل لهذا الرأى القائل بأن النكاح عند الاعتدال من الأمور المباحة

(١) الأم للامام الشافعى ج ٥ ص ١٢٨ ، ١٢٩ .

بعدة أدلة ، منها ماهو نص من نصوص الكتاب الكريم ، ومنها ماهو من الأمور المعقولة .

فأما النصوص الواردة فى كتاب الله الكريم فمنها قوله تبارك وتعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم »(١) .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن الله عز وجل قد أخبر عن أن النكاح حلال لنا ، فى قوله « وأحل لكم » ، ولما كان المحلل والمباح من الأسماء المترادفة فإن هذا يدل على أن النكاح مباح .

الناحية الثانية : أن الله عز وجل قد قال : « وأحل لكم » ولفظ « لكم » يستعمل فى المباحات ، فدل ذلك على أن النكاح مباح ،

ويمكن أن يناقش هذا بأنه إذا كان يمكن أن يكون شيء ماحلالا ومباحا ، فإن كونه مباحا وحلالا لايتعارض مع كونه مستحبا ، فإذا فهم من بعض الأدلة أنه حلال أو مباح وقامت بعض الأدلة الأخرى على كونه مستحبا فالجمع هنا هين يسير وهو أن يكون مستحبا .

ومن النصوص الواردة فى الكتاب الكريم أيضا ، أن الله تبارك وتعالى قد مدح يحيى عليه الصلاة والسلام فقال : وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين »(٢) فالله سبحانه مدحه بكونه حصورا ، والحصور هو الذى لايأتى النساء مع قدرته على الوطء ، ولو كان النكاح واجبا لما استحق يحيى عليه الصلاة والسلام أن يمدحه الله عز وجل إذا تركه ، لأن ترك الواجب داع إلى الذم لا إلى المدح .

ويمكن أن يجاب على ذلك بأن هذا إذا كان فى شريعة غيرنا ، فإن شريعتنا قد قام فيها الدليل على الاستحباب .

---

(١) سورة النساء آية ٣٤ . (٢) سورة آل عمران آية ٣٩

فإذا كان حال يحيى بن زكريا عليهما السلام أفضل فى تلك الشريعة فإن الرهبانية فى ملة الإسلام قد نسخت ولو حدث تعارض بين الحالين فإنه يقدم التمسك بحال نبينا صلى الله عليه وسلم، وكان حاله عليه الصلاة والسلام الزواج، والله تبارك وتعالى لا يرضى لنبينا صلى الله عليه وسلم إلا أشرف الأحوال، فيستحيل أن يقره طول حياته على ترك الأفضل[١].

ومن هذه النصوص أيضاً قول الحق سبحانه: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم».

والاستدلال من هذا النص الكريم من ناحيتين:

أولاهما: أن النكاح هنا معلق بطيب النفس فى قوله «فانكحوا ما طاب لكم» ولو كان واجبا لما كان معلقا بطيب النفس، وإنما كان لازما فى كل الأحوال سواء طابت النفس أو لم تطب، كما هو شأن سائر الواجبات.

ثانيتهما: أن الله سبحانه فى هذه الآية قال: «فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم» فخير المكلف بين النكاح وملك اليمين، أى بين أن يتزوج وأن يملك أمة يستمتع بها كما يستمتع الزوج بزوجته، والتخيير بين أمرين يقتضى تساوى حكمهما. ولما كان ملك اليمين ليس واجبا كان الزواج أيضا ليس بواجب[٢].

ومن النصوص أيضاً قول الله تبارك وتعالى: «ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات، والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض، فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان. فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب، ذلك لمن خشى العنت منكم وأن تصبروا خير لكم والله غفور رحيم»[٣] ومكان الاستدلال فى هذه

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٣ (٢) الحاوى للماوردى حـ ١٢ ورقة رقم ١٣

(٣) سورة النساء آية ٢٥

الآية الكريمة هو قوله سبحانه : « ذلك لمن خشى العنت منكم وأن تصبروا خير لكم » فأباح الله تبارك وتعالى للرجل إذا خاف على نفسه أن يقع فى جريمة الزنا ولم يكن يملك مهر المرأة الحرة ، أباح له أن يتزوج أمة أى امرأة غير حرة يملكها آخر بملك اليمين ، وبين سبحانه أن الصبر على عدم الزواج من غير الحرة خير له ، ولو كان الزواج واجباً لما كان الصبر خيراً له ، بل كان شراً له(١) .

وأما دليل هذا الرأى من الأمور المعقولة .

فأولا : النكاح سبب يتوصل به إلى قضاء الشهوة ، وقضاء الشهوة إذا كان بالطريق الشرعى من المباحات ، فيكون النكاح مباحا مثل ما إذا اشترى الرجل جارية ليستمتع بها .

والذى يدل على أن قضاء الشهوة إذا كان بالطريق الشرعى مباح ، أن فيه إيصالا للنفع إلى نفس الإنسان ، وإيصال النفع إلى نفس الإنسان ليس من الأمور الواجبة عليه ، بل هو من الأمور المباحة فى الأصل كالأكل والشرب.

ويمكن أن يجاب على هذا الاستدلال بأنه إذا كان إيصال النفع إلى نفس الإنسان ليس من الأمور الواجبة عليه فلا مانع أن يكون فى بعض الأحوال من قبيل المستحب .

بل إنه قد يكون إيصال النفع إلى نفس الإنسان فى بعض الأحيان واجبا ، فقضاء شهوة الرجل بالطريق الشرعى فيه إيصال للنفع إلى نفسه ، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع أن يكون إعفافه لزوجته واجبا .

ثانيا : واستدل لهذا الرأى أيضاً بأن الوطء أى الاتصال الجنسى بين الزوج وزوجته غير واجب ، ومعلوم أن الوطء هو المقصود من الزواج . فلما لم يجب المقصود من الزواج فإن الزواج يكون أولى بعدم الوجوب .

---

(١) الحاوى ، المصدر السابق حـ ١٢ ورقة ١٣ وورقة ١٤

ثالثا : لو وجب على الإنسان أن يقطع شهوته بالزواج ، لكان من الواجب عليه أن يقطعها عندما يعجز عن الزواج بما يقوم مقام الزواج من دواء وعلاج .

رابعا : أن الزواج تدعو إليه شهوة الإنسان ، وما تدعو إليه شهوة الإنسان لايدخل فى باب الواجبات ، لأن من صفات الواجبات أن يكلف الإنسان حملها ويتحمل الأثقال من أجلها(١) .

وبعد ، فقد تبين مستند كل رأى من الآراء الثلاثة فى الزواج،وإذا كان البعض يرى أن الأصل فى الزواج هو الوجوب ، والبعض يرى أن الأصل فيه هو الاستحباب ، والبعض الآخر يرى أن الأصل فيه هو الإباحة فإن هذا لايمنع من كون الزواج تعتريه الأحكام الخمسة لحالات خاصة ، فتارة يكون واجبا ، وتارة يكون مندوبا ، وتارة يكون محرما ، وتارة يكون مكروها ، وتارة يكون مباحا .

وسنبين فى المبحث التالى كيف تعترى النكاح هذه الأحكام الخمسة .

النكاح والأحكام الخمسة

أولا الوجوب :

سبق أن بينا أن العلماء قد أجمعوا على أن النكاح واجب على الرجل إذا كان تائقا إلى النساء بحيث لايمكنه الصبر عنهن فيخاف على نفسه أن يقع فى الزنا وتوافرت له القدرة على الصداق والنفقة فإذا لم يتزوج من هذه حاله كان آثما لإخلاله بواجب من الواجبات المكلف بها، يقول شمس الدين الرملى أحد فقهاء الشافعية : « لو خاف العنت وتعين طريقا لدفعه مع قدرته وجب »(٢) .

ويقول علاء الدين الكاسانى أحد علماء الحنفية: « لاخلاف أن النكاح

(١) الحاوى للماوردى ج ١٢ ورقة ١٤ (٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤١

فرض حالة التوقان حتى إن من تاقت نفسه إلى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم »[١] .

ويقول القرطبي: « المستطيع الذى يخاف الضرر على نفسه ودينه من العزوبة بحيث لا يرتفع عنه ذلك إلا بالتزويج لا يختلف فى وجوب التزوج عليه[٢] .

ويقول ابن قدامة أحد كبار فقهاء الحنابلة: « من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح »[٣] .

ويبين ابن تيمية أن الإنسان إذا احتاج إلى الزواج وخاف على نفسه من الوقوع فى الزنا إذا لم يتزوج فإنه يجب عليه أن يقدم الزواج على الحج الواجب عليه ، وأما إذا لم يخف الوقوع فى الزنا فإنه يجب عليه تقديم الحج ، وإذا وجبت عليه واجبات كفائية مثل الجهاد فإنها تقدم على الزواج إلا إذا خاف الوقوع فى الزنا[٤] .

ولأن الحنفية يفرقون بين معنى الفرض والواجب فقد مثل بعضهم للحالة التى يصير النكاح فيها فرضا وللحالة التى يصير فيها واجبا ، فإذا كان الرجل تائقا إلى النكاح ويخاف الوقوع فى الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز عن الزنا إلا بالنكاح فهو فى هذه الحالة فرض عليه .

وأما إذا كان تائقا ويخاف الوقوع فى الزنا أو يغلب على ظنه ذلك

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٢٨

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر ج ٩ ص ٨٨

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٣٣٤

(٤) الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ، اختارها على ابن محمد بن عباس البعلى ص ٢٠١ ، ٢٠٢

ولكنه لم يصل إلى درجة عدم التمكن من التحرز عن الزنا إلا بالنكاح فهو حينئذ واجب عليه(١) .

ويبين بعض المالكية أن الرجل يجب عليه النكاح فى حالة ما إذا خاف الزنا وهو غير قادر على التسرى أى ملك الجارية للتمتع بها ولم يكفه الصوم المأمور به فى حديث « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » .

وهو مخير بين النكاح والتسرى إذا قدر عليه فيجب عليه فعل أحدهما . وأما إذا كفه الصوم عن الوقوع فى المحرم فإنه يجب عليه أحد الأمور الثلاثة وهى النكاح والتسرى والصوم غير أن النكاح هو أولى هذه الأمور الثلاثة(٢).

هذا ، وإذا كان الزواج واجبا فى حالة الخوف من الوقوع فى الزنا مع القدرة على المهر والإنفاق على الزوجة كما أسلفنا ، فهل قيام الرجل بهذا الواجب فى هذه الحالة يتحقق بحصول العقد على الزوجة ، أم لابد فى تحقق قيامه بالواجب من حدوث الاستمتاع بها ؟

يختلف العلماء فى هذا على رأيين :

أولهما . أنه يجب عليه الاستمتاع ، ولا يتحقق القيام بالواجب بحدوث العقد فقط ، ويستند هذا الرأى إلى القياس على الشخص الذى يتعرض للهلاك إذا لم يتناول الطعام والشراب ، فإن هذا الشخص يجب عليه أن يتملك الطعام والشراب ويتناولها ولا يسقط الوجوب عنه بالتملك فقط .

والرأى الثانى : يرى أن الواجب هو العقد ، وأما نفس الاستمتاع فلا يجب ، بل يكتفى فى هذا بالدواعى الطبيعية إلى الاتصال الجنسى ، ولا يقال

---

(١) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٣٤٢

(٢) حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٣ ص ١٦٢

بوجوب الاتصال الجنسى على الزوج إلا لإعفاف الزوجة وإيفائها حقها من هذه الناحية(١) .

ثانيا : الندب أو الاستحباب :

يرى الشافعية أن النكاح يكون مستحبا للرجل إذا كان تائقا للوطء ويجد أهبته من مهر وكسوة فصل التمكين ونفقة يومه(٢) .

ويرى بعض العلماء أن النكاح يستحب حتى لمن فقد الأهبة مستدلا بآية: « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله »(٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال » .

ولا يسلم لهم استدلالهم ، إذ لا يلزم من الفقر وإتيان النساء بالمال عدم الأهبة التى هى المهر والكسوة لفصل التمكين ونفقة يومه(٤) ،

ويقول القاضى عياض :(٥) « هو مندوب فى حق كل من يرجى منه النسل ولو لم يكن له فى الوطء شهوة لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإنى مكاثر بكم » ولظواهر الحض على النكاح والأمر به،وكذا فى حق من له رغبة فى نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء ، فأما من لا ينسل ولا أرب له فى النساء ولا فى الاستمتاع فهذا مباح فى حقه إذا علمت المرأة بذلك ورضيت ، وقد يقال إنه مندوب أيضا لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « لارهبانية فى الإسلام » .

ثالثا : الحرمة :

مثل العلماء لبعض الحالات التى يكون فيها الزواج محرما ، منها ما قاله ابن بشير(٦) « ويحرم على من لم يخف العنت وكان يضر بالمرأة لعدم قدرته على الوطء أو على النفقة ، أو يكتسب من موضع لا يحل » .

---

(١) الإنصاف فى معرفة الرجح من الخلاف على مذهب الأمام أحمد ابن حنبل ، لعلى بن سليمان المرداوى جـ ٨ ص ١٣

(٢) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٠

(٣) سورة النور آية ٢٢

(٤) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤١

(٥) نقلا عن ابن حجر فى فتح البارى جـ ٩ ص ٨٨

(٦) نقلا عن حاشية البنانى على شرح الزرقانى جـ ٣ ص ١٦٢

ويرى أبو على المسناوى من المالكية أن التحريم فى حالة من لم يخف الزنا وكان يضر بالمرأة بعدم قدرته على الوطء يجب أن يقيد بما إذا لم تكن المرأة تعلم بعجزه عن الوطء ، وأما إذا كانت عالمة بعجزه عن الوطء ورضيت بالزواج به سواء أكانت رشيدة أم غير رشيدة فإنه يجوز له حينئذ الزواج منها مادامت قد رضيت به على حاله .

ويرى كذلك أنه يجوز له النكاح إذا كان غير قادر على النفقة ولكن المرأة قد رضيت بالزواج به، ولكن يشترط أن تكون المرأة رشيدة، وأما إذا لم تكن رشيدة ورضيت بالزواج به على حاله من عدم القدرة على الإنفاق فلا يجوز له الزواج سواء أكانت المرأة تعلم أنه سينفق من حرام أم لا(١) .

رابعا: الكراهة :

إذا لم يكن الرجل محتاجا إلى النكاح وخشى أن لا يقوم بما هو واجب عليه فالنكاح مكروه له حينئذ(٢) .

ويبين المالكية أن من صور الكراهة أيضاً أن يكون الرجل غير راغب فى النكاح والنكاح يؤدى به إلى قطع أمر مندوب فهو حينئذ يكره له(٣) .

ومن صوره عند الحنفية أن يكون الرجل خائفا من أن يجور على زوجه قالوا : لأن النكاح إنما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى . والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد(٤) .

ويرى بعض الشافعية أن النكاح مكروه لمن وجد الأهبة ولكن به علة تمنعه من الوطء كهرم أو مرض دائم أو علة دائمة ، لأنه حينئذ لا يحتاج إلى النكاح ولا يحقق التحصين للمرأة وهو مايؤدى فى الغالب إلى فسادها(٥) ومن صور الكراهة عندهم أيضاً ما إذا كان الرجل فاقدا لمؤن النكاح من مهر

---

(١) حاشية البنانى ج٣ص١٦٢ وحاشيه الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ص٢١٥

(٢) حاشية البنانى ج٣ص١٦٢ (٣) الشرح الكبير لاحمد الدردير ج٣ص٢١٥

(٤) شرح فتح القدير ج٢٣ص٣٤٢ (٥) نهاية المحتاج ج٥ص ١٤٢

وغيره ولم تحن نفسه إلى الوطء سواء أكان به علة أم لا، لأن فى النكاح إلزاما بأمور لا يقدر على أدائها فى الوقت الذى هو ليس محتاجا إليه[1] .

خامسا الإباحة :

من صور الإباحة عند المالكية ما لو كان الرجل غير راغب فى النكاح ولا يخاف أن يقطعه النكاح عن عبادة غير واجبة ولم يرج النسل[2] ،
ويرى بعض العلماء أن من صور الإباحة ما إذا كان الرجل لا ينسل ولا أرب له فى النساء ولا فى الاستمتاع بهن بنوع آخر غير الاستمتاع بالوطء، وأما إذا كان له رغبة فى نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء فحينئذ يكون النكاح فى حقه مندوبا[3] .

(١) شرح المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ٢٢٠

(٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٣ص١٦٢ (٣) فتح البارى جـ ٩ ص٨٨

الفصل الأول

الخطبة وأحكامها

ويشتمل على ما يأتى :

١ – معنى الخطبة .

٢ – المواضع التى يجوز فيها التصريح بالخطبة أو التعريض بها أو يحرم .

٣ – حكم الخطبة على الخطبة .

٤ – أثر الخطبة المحرمة فى عقد الزواج .

٥ – حكم النظر إلى من يريد خطبتها .

٦ – هدايا الخطبة .

معنى الخطبة

العقود الهامة تحتاج إلى مقدمات من المتعاقدين ليتبين كل منهما مدى ماتحققه له هذه العقود، فإذا ما اطمأن كل من المتعاقدين إلى أن العقد الذى هو مقدم عليه يحقق له غرضه الذى يقصده منه أقدم على إنشاء العقد، وتلاقت إرادتا المتعاقدين بالإيجاب والقبول الصادرين منهما فيحصل العقد.

وشريعة الإسلام لم تنظم مقدمات العقود بأحكام خاصة بها، إلا عقد الزواج فإنها جعلت لمقدمته أحكاما خاصة بها، وذلك لعظم منزلة هذا العقد، فهو أخطر العقود وأعظمها، إذ هو عقد الإنسانية، وتأخذ به الأسرة صفتها الشرعية، ولا يعقد لمدة محدودة مؤقتة بل هو عقد يعقده المتعاقدان وهما يقصدان منه دوامه وبقاءه مابقى كل من الزوجين على قيد الحياة، ومقدمة هذا العقد هى ماتعرف فى شريعة الإسلام وفى لغة العرب بالخطبة.[1]، وسيكون كلامنا إن شاء الله فى هذا الخصوص عن معنى الخطبة — بكسر الخاء — ومعنى التصريح والتعريض بها، والمواضع التى يجوز فيها كل منهما، وحكم الخطبة على الخطبة، وحكم النظر إلى من يريد الزواج بها، وحكم استرداد الهدايا، وقبل الكلام فى ذلك ينبغى أن نوضح أن الخطبة مجرد وعد بالزواج من الطرفين، فهى ليست عقداً له.

ولنبدأ الآن ببيان حقيقة الخطبة، فنقول: عرفها الشبراملسى أحد علماء الشافعية فقال: هى التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة[2] أى سواء أكان منها أو من وليها، وعرفها القليوبى بأنها التماس النكاح ممن يعتبر منه[3].

* * *

---

(١) عقد الزواج وآثاره للشيخ محمد أبى زهرة ص ٥٤.

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦.

(٣) حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٢٧.

معنى التصريح والتعريض بالخطبة

أما التصريح الخطبة فهو كل لفظ يقطع به في الرغبة فى النكاح، أو هو كما يقول ابن قدامة(١) اللفظ الذى لايحتمل غير النكاح . مثل أن يقول الرجل للمرأة أريد الزواج منك ، ومثل قوله للمعتدة : إذا انقضت عدتك نكحتك وما شابه ذلك(٢) .

وأما التعريض فقد قال عنه الزمخشرى : أن يذكر المتكلم شيئا يدل به على شيء لم يذكره ، ولكن بعض العلماء علق عليه بأن هذا التعريف لايخرج المجاز، ويقول ابن الأثير : هو اللفظ الدال على معنى لامن جهة الوضع الحقيقى أو المجازى ، بل من جهة التلويح والإشارة ، يقول من يتوقع صلة : والله إنى لمحتاج . فإنه تعريض بالطلب مع أنه لم يوضع له حقيقة ولا مجازا،(٣) ويرى سعد الدين أن التعريض هو ذكر شيء مقصود بلفظ حقيقى أو مجازى أو كنائى ليدل به على شيء آخر لم يذكر فى الكلام ، مثل أن يذكر أنه قدجاء ليسلم عليه وهو يريد أنه جاء ليقاضيه ، فالسلام مقصوده والتقاضى عرض أى أميل إليه الكلام عن عرض أى جانب، والتعريض والكناية يجتمعان ويفترقان ، فهما يجتمعان فى مثل قولك : جئت لأسلم عليك . وتفترق الكناية عن التعريض بمثل : طويل النجاد، ويفترق التعريض عن الكناية فى مثل قولك لرجل لم يحصل منه أذى لك — بسمع من رجل صدر منه أذى لك — آذيتنى وستعرف نتيجة ذلك ، فهذا تعريض بتهديد الذى صدر منه الأذى وليس كناية(٤) .

وعرف الرملى التعريض بالخطبة بأنه مايحتمل الرغبة فى النكاح وعدم

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٥٢٦ (٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦

(٣) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٧٢ .

(٤) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٢ .

الرغبة فيه، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أنت جميلة، أو من يجد مثلك أو رب راغب فيك[١] ويرى بعض العلماء أن الرجل إذا أهدى إلى امرأة لم يكن يهدى إليها قبل ذلك فإن هذا يعد من قبيل التعريض بالخطبة[٢] .

وقد بين العلماء أن التعريض بالجماع أى بالاتصال الجنسى محرم ، كأن يقول لها : عندى جماع يرضى من جومعت ، فإن هذا قد نهى عنه لما فيه كما يقول ابن قدامة[٣] من الهجر والفحش والدناءة والسخف، وبينوا أن الكناية وهى الدلالة على الشيء بذكر لازمه قد تأخذ فى بعض صورها حكم التصريح أى فإذا كان التصريح بالخطبة حراما كما سنعرف ذلك فى بعض الحالات فحينئذ تكون الكناية التى أفادت ما يفيده التصريح حراما كأن يقول لها : أريد أن أنفق عليك نفقة الزوجات وألتذ بك[٤] .

* * *

المواضع التى يجوز فيها التصريح بالخطبة
أو التعريض بها أو يحرم

اتفق العلماء على أنه يجوز خطبة المرأة تعريضاً أو تصريحا إذا توافرت ثلاثة أمور .

الأمر الأول : أن تكون خالية عن زواج وخالية عن عدة .

الأمر الثانى : أن تكون خالية من بقية موانع النكاح مثل كونها أختا من النسب أو الرضاع أو كونها أما لامرأته إلى غير ذلك من موانع النكاح .

الأمر الثالث : أن تكون خالية من خطبة الغير لها .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦

(٢) قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى ص ٢١٧

(٣) المغنى ج ٧ ص ٥٢٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦

فإذا ماتحققت هذه الأمور الثلاثة فإنه يجوز له بإجماع العلماء التقدم بخطبتها تصريحا أو تعريضاً[١] .

وكذلك المعتدة مطلقا سواء أكانت رجعية أم بائنا أجمع العلماء على أن التصريح لها بالرغبة فى نكاحها حرام . قال ابن عطية[٢] . أجمعت الأمة على أن الكلام مع المعتدة بما هو نص فى تزوجها وتنبيه عليه لايجوز ، ويبين الماوردى الحكمة فى ذلك فيقول[٣] : حكمته أن فى المرأة من غلبة الشهوة والرغبة فى الأزواج مايدعوها إلى الكذب فى انقضاء العدة .

أنواع المعتدات ثلاثة :

النوع الأول :

المعتدة من وفاة ، أو طلاق ثلاث، أو فسخ لتحريمها على زوجها ، كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لاتحل بعده لزوجها .

النوع الثانى : المعتدة الرجعية . أى معتدة من طلاق أول أو ثان .

النوع الثالث :

متعدة بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة ، والبائن بفسخ لغيبة الزوج أو إعساره بالنفقة ونحو ذلك .

فأما النوع الأول فلا يجوز التصريح لها بالخطبة باتفاق العلماء ويجوز التعريض بخطبتها .

فأما الدليل على التعريض لها بالخطبة فمن الكتاب والسنة .

---

(١) المصدر السابق ص ١٥٥ .

(٢) نقلا عن الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١١٨ .

(٣) حاشية عميره على شرح المحلى على المنهاج ، ج ٣ ص ٢٢٨ .

فأما الكتاب فقوله تعالى : « ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء[١] .

وأما السنة فما روته فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا حللت فآذنيني[٢]»، فآذنته، فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فرجل ترب لا مال له . وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة أسامة، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: طاعة الله وطاعة رسوله ، قالت : فتزوجته فاغتبطت[٣] :

وقد روى بلفظ « لا تسبقيني بنفسك » وفى لفظ « لا تفوتينا بنفسك » وكل هذا تعريض بخطبتها فى عدتها [٤] .

وأما الدليل على أنه لا يجوز التصريح لها بالخطبة فلأن الله سبحانه خص التعريض بالإباحة فدل ذلك على حرمه التصريح .

ولأن التصريح بالخطبة قد يدفع المعتدة ـ حرصا على هذا الزواج ـ إلى أن تكذب فى انقضاء عدتها ، لأن التصريح لا يحتمل غير رغبته فى الزواج منها ولكن التعريض يحتمل هذه الرغبة وغيرها .

وأما النوع الثانى وهو المعتدة الرجعية فلا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضاً ، لأنها فى معنى الزوجة بإجماع العلماء ، وأيضاً فلأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاماً من مطلقها [٥] .

قال العلامة أحمد الدردير وأما الرجعى (أى الطلاق الرجعى) فيحرم التعريض فيها (أى فى عدتها) إجماعا لأنها زوجة [٦] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ . (٢) أى أعلميني

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٠٨ .

(٤) المغنى لابن قدامه ج٧ ص٥٢٥ (٥) حاشية الشرقاوى على التحرير ج٢ ٢٤٥

(٦) الشرح الكبير للدردير ج ٢ .

وقال العلماء حتى لو أذن له الزوج فلا يجوز له أن يعرض بخطبتها ، وذلك لأن الحق فى هذا لله تعالى ، وحقوق الله تعالى لا تسقط بإسقاط العباد (١) .

وأما النوع الثالث وهو المعتدة البائن التى يجوز لزوجها نكاحها ، فإما أن يكون مريد خطبتها هو زوجها أم لا. فإذا كان مريد خطبتها زوجها فإنه يجوز له خطبتها،سواء أكان ذلك بطريق التعريض أم بطريق التصريح،وذلك لأنه يباح له أن يتزوجها قبل أن تنتهى عدتها فهى بالنسبة إليه كغير المعتدة .

وأما غير زوجها فقد اختلف العلماء فيه هل يجوز أن يعرض لها بالخطبة أم لا على رأيين :

أحدهما : أنه يجوز لغير الزوج أن يعرض بخطبتها لأمرين .

أولهما : عموم الآية الكريمة التى أفادت رفع الجناح عن التعريض بخطبة النساء وثانيهما : انقطاع سلطنة الزوج عنها .

وأما ثانى الرأيين فى هذا فيذهب إلى أنه لا يجوز لغير الزوج أن يعرض بخطبتها ، لأن الزوج لا زال يملك أن يستبيحها فأشبهت الرجعية .

جواب المرأة أو وليها يأخذ حكم الخطبة :

إذا كان العلماء - كما وضحنا - قد بينوا حكم خطبة الرجل للمعتدة تصريحاً أو تعريضاً فإنهم أيضاً قد بينوا أن جواب المرأة أو وليها على خطبة الرجل يأخذ حكم هذه الخطبة تعريضاً أو تصريحاً،ومثلوا الجواب المرأة تعريضا بأن تقول مثلا : ما يرغب عنك .

فإذا كانت الخطبة يجوز التصريح بها فإجابتها كذلك، وإذا كان يجوز التعريض لا التصريح فكذلك الإجابة،وإذا كان التصريح و التعريض حراما

---

(١) حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٢٨

فإن إجابة الخطبة حينئذ بالتعريض أو التصريح تكون حراما [١] .

الحكم فيما لو صرح بخطبة المعتدة أو عرض حيث يحرم التعريض ثم تزوجها:

علمنا مما تقدم أنه باجماع العلماء يحرم التصريح بخطبة المعتدة مطلقاً ، أى سواء أكانت العدة من وفاة أو وطء شبهة أو فراق بطلاق بائن أو رجعى أو بفسخ ، وعلمنا أنه قد يجوز التعريض للمعتدة بالخطبة فى بعض الحالات ويحرم فى بعض الحالات .

والسؤال الآن ما الحكم فيما لو صرح رجل بخطبة المعتدة أو عرض بالخطبة فى موضع يحرم فيه التعريض بالخطبة ، ثم بعد ذلك وبعد أن انتهت عدتها تزوجها .

روى عن مالك رضى الله عنه أنه قال [٢] فيمن يواعد فى العدة ثم يتزوج بعدها . فراقها أحب إلى ، دخل بها أو لم يدخل ، وتكون تطليقة واحدة فاذا حلت خطبها مع الخطاب .

والصحيح أن النكاح يصح مع الإثم فى التصريح بالخطبة أو فى التعريض حيث حرم التعريض ، قال ابن قدامه معللا لهذا الحكم [٣] لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه . . كما لو رآها متجردة ثم تزوجها .

حكم الخطبة على الخطبة

عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب .

---

(١) أنظر : المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٢٤ – ٥٢٦ وانظر شرح المحلى على المنهاج وحاشية القليوبى عليه ح ٣ ص ٢٢٧

(٢) نقلا عن الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٩١ (٣) المغنى ج ٧ ص ٥٢٦

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » رواهما البخاري (١) .

وعن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » رواه أحمد ومسلم (٢) .

هذه أحاديث شريفة نهت عن أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ومن المعلوم أن النهي أصله التحريم إلا إذا وجد دليل يصرف النهي عن التحريم إلى الكراهة ، ولهذا قال العلماء إن هذه الأحاديث أفادت حرمة أن يخطب الرجل على خطبة آخر بشروط سنبينها قريباً ، على هذا جمور العلماء ولم نجد فيما اطلعنا عليه من مراجع من يخالف هذا إلا ما نقل عن أبي جعفر العكبري والخطابي من أن النهي ليس للتحريم بل هو للكراهة فهو نهي للتأديب .

ولكن الدليل مع الجمهور لأمرين .

الأول : القاعدة المقررة وهي : النهي يفيد التحريم إلا إذا وجدت قرينة تصرفه عن التحريم إلى غيره ، ولا توجد هذه القرينة .

الثاني : أن هذا نهي عن إيقاع ضرر بآدمي معصوم فيكون نهي تحريم مثل النهي عن أكل مال الإنسان المعصوم وسفك دمه (٣) .

فهذه الأحاديث إذن أفادت تحريم خطبة الرجل على خطبة رجل آخر على رأي الجمور من علماء المسلمين ، بل إننا نجد الإمام النووي يحكي إجماع العلماء على أن النهي للتحريم (٤) فلعل من ذكرنا لم يبلغه إجماع علماء الأمة .

---

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٩ ص ١٥٦ ص ١٥٨

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٠٧

(٣) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١١٣ وفتح الباري ج ٩ ص ١٥٧ والمغني لابن قدامة ج ٧ ص ٥٢٣

(٤) فتح الباري ج ٩ ص ١٥٧

بقى أن نعلم أن الإمام الطبرى قد حكى عن بعض العلماء أنه قال إن النهى فى هذه الأحاديث منسوخ بقصة فاطمة بنت قيس التى ذكرناها عند استدلال العلماء لجواز التعريض بالخطبة للمعتدة التى لا تحل لزوجها .

وقد رد الإمام الطبرى على هذا الرأى وغلطه بأن فاطمة بنت قيس جاءت لتستشير النبي صلى الله عليه وسلم فأشار عليها بما هو الأولى ولم يكن هناك خطبة على خطبة .

قال العلامة العلامة ابن حجر العسقلانى بعد أن ذكر ما بيناه(١) : « ثم إن دعوى النسخ فى مثل هذا غلط لأن الشارع أشار إلى علة النهى فى حديث عقبة بن عامر بالأخوة ، وهى صفة لازمة وعلة مطلوبة للدوام فلا يصح أن يلحقها النسخ» .

هل النهى شامل لخطبة المسلم على خطبة الكافر ؟

من المعروف أن المسلم يجوز له أن يتزوج الكتابية بالشروط التى بينها فقهاء الإسلام فى محلها فى كتب الفقه والتى سنعرض لها إن شاء الله فى محلها ، فهل إذا خطب ذمى ذمية وأراد مسلم أن يتزوجها فهل النهى شامل لهذا فيحرم على المسلم أن يخطب على خطبة الذمى ، أم أن ذلك خاص بالمسلم مع المسلم ؟

اختلف العلماء فى ذلك فبعضهم نظر إلى التعبير فى الأحاديث بلفظ «أخيه» فذهب إلى أن التحريم إذا كان الخاطب الأول مسلما وأجاز أن يخطب المسلم على خطبة الذمى مطلقا .

على هذا الرأى الإمام أحمد بن حنبل ، فقد نقل عنه ابن قدامة(١) أنه قال : « لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين » ، وهو أيضاً رأى الأوزاعى ، وابن المنذر ، وابن جويرية ، والخطابى ، ويمكن أن يؤيد هذا الرأى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم فى أول حديث عقبة ابن عامر « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته حتى يذر » .

---

(١) المصدر السابق ص ١٥٧   (٢) المغنى ج ٧ ص ٥٢٤ .

يقول الخطابى : قطع الله الأخوة بين الكافر والمسلم فيختص النهى بالمسلم، ويقول ابن المنذر : الأصل فى هذا الإباحة حتى يرد المنع وقد ورد المنع مقيداً بالمسلم، فبقى ماعدا ذلك على أصل الإباحة واستدل ابن قدامة على عدم حرمة خطبه المسلم على خطبة الذمى بأن لفظ النهى خاص فى المسلمين وإلحاق غير المسلم بالمسلم فى الحكم إنما يصح لوكان مثله، والحال أن الذمى ليس كالمسلم وليست حرمته كحرمته، ولهذا فإن إجابتهم فى دعوة الوليمة ونحوها غير واجبة على المسلم .

ورد على من استدل من الجمهور بأن التعبير بالأخ جرى مجرى الغالب بأنه متى كان فى المخصوص بالذكر معنى يصح ان يعتبر فى الحكم لم يجز حذف هذا المعنى المعتبر فى الحكم، ولا يصح أن يعدى الحكم إلى غير هذا المخصوص بدون هذا المعنى، قال: وللاخوة الإسلامية تأثير فى وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط فى رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته »[١]

وأما جمهور العلماء فقد ذهبوا إلى إلحاق الذمى بالمسلم فى حرمة الخطبة على خطبته، وأن التعبير بأخيه إنما خرج مخرج الغالب، فلامفهوم له مثل قوله سبحانه وتعالى « ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق[٢] وقوله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم[٣] وماماثل ذلك[٤] .

وأيضاً فإن خطبة المسلم على الذمى إيذاء وقطيعة له وهذا ممنوع[٥] .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٥٢٤

(٢) سورة الاسراء آية ٣١ (٣) سورة النساء آية ٢٣

(٤) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٨ (٥) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٥٧١

شروط تحريم الخطبة على الخطبة

بين العلماء شروطا لتحريم الخطبة على الخطبة استنتجوها من الأحاديث الشريفة الواردة فى هذا الباب بجانب المبادىء العامة التى أتت بها شريعة الإسلام وسنتكلم عن الشروط التى استنتجها العلماء مبينين الخلاف فى بعضها إن تيسر لنا الاطلاع على هذا الخلاف وإليك هذه الشروط :

أولا : أن تكون خطبة الأول جائزة حتى ولوكانت مكروهة(١) أما إذا كانت خطبة الأول غير جائزة كخطبة المرأة وهى فى عدتها فإنه يجوز للثانى أن يخطبها بعد أن تنقضى عدتها لأن الأول بتقدمه لخطبة غير جائزة أصبحت خطبته كلا خطبة فلم يثبت له بخطبته حق(٢) .

ثانياً : أن يعلم الثانى بحدوث الخطبة الأولى .

ثالثاً : أن يعلم الثانى بجواز خطبة الأول

رابعاً : أن يصرح بإجابة الأول ويعلم الثانى بحدوث ذلك .

فاذا لم يصرح باجابة ولا رد فهناك رأيان :

أحدهما : أن الخطبة حينئذ تجوز للثانى . واحتج هذا الرأى بقول فاطمة بنت قيس خطبنى معاوية وأبو جهم فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك عليهما بل خطبها لأسامه(٣) . وهذا الرأى هو الراجح فى فقه الشافعية .

وأما ثانى الرأيين : فيذهب إلى حرمة الخطبة نظراً لإطلاق الحديث الناهى عن الخطبة على الخطبة(٤)

وكذا لوكانت الإجابة للاول بطريق التعريض فقد اختلف العلماء فى ذلك على رأيين :

---

(١) من صور النكاح المكروه ما إذا كان الرجل غير محتاج إلى النكاح وخشى الا يقوم بما هو واجب عليه . أنظر ص ٥١ من هذا البحث

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٨

(٣) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٧ (٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٧

الأول : يرى عدم حرمة الخطبة حينئذ وهذا هو مذهب الإمام الشافعى فى مذهبه الجديد .

وقد استدل بعض الذاهبين إلى هذا بحديث فاطمة بنت قيس حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم، وقالوا إن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما وبعضهم استدل بخطبة النبي صلى الله عليه وسلم لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضا أم لا .

وأما الرأى الثانى : فيذهب إلى عدم حل الخطبة الثانية ، وإلى هذا ذهب ابن قدامة أحد فقهاء الحنابلة وقال(١) : إن هذا ظاهر كلام أحمد بن حنبل فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب ، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة والتصريح أخرى .

وقد استدل ابن قدامة على ما اختاره من عدم حل الخطبة على الخطبة حينئذ بعموم حديث : « ولا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه قد وجد من المرأة ما يدل على الرضا بالخاطب وسكونها إليه، فتكون خطبتها محرمة كما لو كانت قد صرحت بذلك .

ثم قال ابن قدامة : وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين :

أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفى لفظ « لا تفوتيني بنفسك » وفى رواية « إذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثانى : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما أو فى العدول عنهما إلى غيرهما، وليس فى الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما ، على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما .

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٢١ — ٥٢٢

ومن وجه آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها بقوله لها ماذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف مانحن فيه » .

خامسا : ألا يكون قد أذن الخاطب له أو لا يكون قد ترك ، فإذا أذن الخاطب أو ترك زال التحريم (١) لكن العلماء قد اشترطوا ألا يكون إذنه له بسبب خوفه أو حيائه وإلا كان الإذن كعدمه (٢) .

وإذا ماكان الإذن من الخاطب الأول للخاطب الثاني مبيحا له أن يخطبها فهل يختص هذا الإذن بالمأذون له أو يتعدى لغيره ؟ قال العلماء إن هذا الإذن إذا صدر من الخاطب الأول قد ترتب عليه جواز الخطبة المأذون له ولغيره ، أما جوازها للمأذون له فبالنص، وأما جوازها لغير المأذون له فبالإلحاق لأن إذنه دل على أنه قد أضرب عنها فتجوز خطبتها لكل من يريد أن ينكحها (٣).

سادسا : أن يكون الثانى قد علم بتحريم الخطبة على الخطبة (٤) .

سابعا : أن يكون الخاطب الأول غير فاسق وهو شرط اشترطه المالكية وخالفهم الجمهور فيه ، وقد فسر المالكية غير الفاسق بأن يكون صالحا أو مستور الحال وقالوا : وسواء أكان الخاطب الثانى صالحا أم فاسقا أم مستورا فإن خطبة الثانى حرام مادامت قد خطبها غير فاسق وركنت المخطوبة له ورضيت به ، والركون كما فسره بعض علماء المالكية هو التقارب بوجه يفهم منه إذعان كل واحد لشرط صاحبه وإرادة عقده ولو لم يفرض صداق ، وقال بعضهم : الركون هو ظهور الرضا (٥) .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٣٤ (٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٧

(٣) سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١١٤ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٧ .

(٥) شرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٣ ص ١٦٤ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ج ٣ ص ٤١٠ .

فأما إذا كانت المرأة قد ركنت إلى فاسق فيرى المالكية أنه لاتحرم خطبتها إن كان الثانى صالحا أو مجهول الحال لأنه كما يقول الدردير « لاحرمة للفاسق بل فى نكاحها تخليص لها من فسقه » .

وقد بين المالكية أن جواز الخطبة على الخطبة فى صورتين ومنعها فى سبع صور .

فأما الصورتان اللتان يجوز فيهما الخطبة على الخطبة فإحداهما أن يخطب صالح على فاسق ، والثانية أن يخطب مجهول الحال على فاسق .

وأما الصور السبع التي لايجوز فيها الخطبة فهى: أن يخطب صالح على صالح، أو على مجهول الحال،أو يخطب مجهول الحال على صالح،أو على مجهول مثله أو يخطب فاسق على صالح،أو يخطب على مجهول الحال،أو على فاسق مثله(١).

ويرى بعض المالكية أن الخطبة حرام مادامت قد ركنت لغير الفاسق ورضيت به سواء أكان قد قدر لها صداق أم لم يقدر ، وبعضهم يرى أنه لابد فى اعتبار الركون من أن يكون قد قدر الصداق .

فالمالكية إذن يرون شرطا لتحريم الخطبة على الخطبة أن يكون من رضيت به غير فاسق،ولكن جمهور العلماء لايرون هذا إذا صدر منها علامة القبول(٢) وظاهر النص الوارد فى هذا المجال يؤيد مايذهب إليه جمهور العلماء من أنه لايشترط فى التحريم كون الأول غير فاسق .

وبعد ، فيجدر بنا أن نشير فى ختام هذه المسألة إلى مايراه الظاهرية فيها .

---

(١) انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ١٩٨ وانظر الشرح الكبير لنفس المؤلف ج ٢ ص ٢١٧ وانظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٧ .

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٨ .

ما يراه الظاهرية :

والظاهرية مع اتفاقهم وسائر العلماء فى أنه يجوز الخطبة إذا أذن الخاطب الأول فيها ، أو إذا ترك الخاطب الأول الخطبة . أو إذا ردته المخطوبة فلم توافق على الزواج به ، إلا أنهم أجازوا صورة لا يؤيدهم الدليل فيها ، فذهبوا إلى جواز الخطبة على الخطبة إذا كان الثانى أفضل للمرأة فى دينه وحسن صحبته، يقول ابن حزم (١) « ولا يحل لمسلم أن يخطب على خطبة مسلم سواء ركنا وتقاربا أو لم يكن شىء من ذلك ، إلا أن يكون أفضل لها فى دينه وحسن صحبته فله حينئذ أن يخطب على خطبة غيره بمن هو دونه فى الدين وجميل الصحبة ، أو إلا أن يأذن له الخاطب الأول فى أن يخطبها ، فيجوز له أن يخطبها حينئذ، أو إلا أن يدفع الخاطب الأول الخطبة فيكون لغيره أن يخطبها حينئذ، أو إلا أن ترده المخطوبة فلغيره أن يخطبها حينئذ وإلا فلا » .

دليل ابن حزم :

واستدل ابن حزم على دعوى جواز الخطبة إذا كان الثانى أفضل لها فى دينه وحسن صحبته بحديث فاطمة بنت قيس المتقدم وقال : « فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أشار عليها بالذى هو أجمل صحبة لها من أبى جهم الكثير الضرب للنساء وأسامة أفضل من معاوية .

ثم أجاب ابن حزم عن احتمال أن يكون حديث فاطمة بنت قيس كان قبل حديث النهى عن الخطبة على الخطبة ، بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « الدين النصيحة » وهو حكم لم ينسخ بل هو من الأحكام الباقية إلى يوم القيامة ومن أنصح النصائح أن يرى المسلم امرأة قد خطبها رجل ثم أراد أن يخطبها رجل آخر أفضل منه فى دينه وأحسن منه صحبة فيرشدها إلى الخاطب الثانى ويخطبها له، وأما أن يترك خطبتها لمجرد أن هناك خاطبا قبل الخاطب الثانى من غير نظر إلى أمر آخر فليس فى هذا نصح للمسلمة بل فيه غش لها وهو مما لا يجوز .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٣٣ — ٣٥ .

ثم قال ابن حزم : « وقد علمنا أن معاوية فتى من بنى عبد مناف فى غاية الجمال والحلم، وأسامة مولى كلبى أسود كالقار، فبالضرورة ندرى أنه لا فضل له عليه إلا بالدين الذى هو نهاية الفضل عند الله تعالى ، ورسوله صلى الله عليه وسلم فى غاية النصيحة لجميع المسلمين بلاشك » .

الإجابة على ما استدل به ابن حزم :

ويمكن أن نجيب على ما استدل به ابن حزم بأن النصوص التى تنهى عن الخطبة على الخطبة مطلقة لم تفرق بين ما إذا كان الثانى أفضل فى الدين وحسن الصحبة أم لا .

وما استدل به ابن حزم من أن النصيحة واجبة وأن منع الثانى الذى يريد أن يخطبها من الخطبة فى الوقت الذى هو فيه أفضل لها فى دينه وحسن صحبته من الخاطب الأول ليس من النصيحة . نقول : ما استدل به من هذا لا يفيد ماذهب إليه، إذ إنه يمكن بذل النصيحة الواجبة من غير تقدم بخطبتها لآخر، وبخاصة وأننا نرى العلماء يبينون أنه يجب على الإنسان إذا رأى عيباً فيمن أريد الاجتماع عليه أن يذكر عيوب هذا الذى أريد الاجتماع عليه ، سواء أكان هذا الاجتماع من قبيل الزواج أم من قبيل أخذ العلم أم من قبيل تعلم الصناعة أم غير ذلك ، يقول الإمام النووى وجلال الدين المحلى (١) :

« ومن استشير فى خاطب ذكر مساويه أى عيوبه بصدق ، ليحذر بذلا للنصيحة » ويبين القليوبى أن الاستشارة ليست بقيد فى ذكر العيوب بل إنه يجب عليه ذكر هذه العيوب وإن لم توجد استشارة وأن ذلك ليس خاصاً بالاستشارة فى الخاطب بل كل من أريد الاجتماع عليه ولو لأخذ علم أو صناعة أو معاشرة ، ولو كان هو المستشار أو الذى يراد الاجتماع عليه .

والشرط فى هذا أن يذكر العيوب المتعلقة بالذى لأجله الاجتماع بالطريقة

(١) شرح المحلى على المنهاج جـ٣ ص ٢٢٩

الأخف ، قال القليوبى ، فيذكر لمن أراد النكاح المساوىء المتعلقة بالنكاح دون البيع مثلا وهكذا ، ويجب تقديم الأخف فالأخف نحو ، لايصلح أولا أصلح ، فإذا توقف على ذكر أشخاص العيب ذكرها »(١) .

وعلى هذا فإذا رأى إنسان خطبة رجل لامرأة ورأى ما يستوجب بذل النصيحة فإنه يمكن له أن يبذل النصيحة للمرأة أو لوليها من غير تقدم بخطبة أخرى، وإذا كانت النصيحة واجبة فى مثل ما إذا علم فى المبيع عيباً فإن الأمر إذا كان خطبة كانت النصيحة أولى بالوجوب .لأن الأعراض - كما قال العلماء -

---

(١) ذكر عيوب الخاطب ليس من الغيبة المحرمة ، وقد بين الإمام النووى فى كتابه « الروضة » أن الغيبة تباح بستة أسباب :

أحدها : التظلم ، فيجوز للمظلوم أن يتظلم إلى رئيس الدولة أو القاضى أو غيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه من ظلمه ، فيقول : ظلمنى فلان وفعل بى كذا ، والثانى : الاستعانة على تغيير المنكر ورد العاصى إلى الصواب ، فيقول لمن يرجو قدرته على أن يزيل المنكر . فلان يعمل كذا فازجره عنه ، وما ماثل ذلك ، والثالث : الاستفتاء ، بأن يقول للمفتى : ظلمنى فلان بكذا فهل له ذلك أم لا ، وما طريقى فى الخلاص منه ودفع ظلمه عنى ، وكذا قوله : زوجتى تفعل معى كذا : وزوجى يضربنى ويقول لى كذا ، فهذا جائز لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، وبين النووى أن الأحوط أن يقول : ما تقول فى رجل أو زوج أو والد من أمره كذا ، ومع ذلك فالتعيين كما قال النووى جائز ، لحديث هند قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ماأخذت وهو لايعلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » والرابع تحذير المسلمين من الشر ، مثل جرح المجروحين من الرواة ، والشهود ، والمصنفين ، وذلك جائز بالاجماع ، بل واجب صونا للشريعة ، ومثل الإخبار بعيبه عند المشاورة فى مواصلته ، ومثل ذكر العيب للمشترى إذا لم يكن يعلمه ، والخامس : إذا كان مجاهرا بفسقه فيجوز ذكره بما يجاهر به ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر ، والسادس : التعريف ، كالأعمش والأعرج ، ويحرم ذكره تنقصا ولو أمكن تعريفه بغيره كان أولى انظر : الروضة للنووى ج ٧ ص ٣٢ طبع المكتب الاسلامى للطباعة والنشر ، وحاشية القليوبى ج ٣ ص ٢٢٩

أشد حرمة من الأموال، وذلك لأن الضرر هنا أشد، لأن فيه تكشف بضع، وهتك سوأة، وذو المروءة يسمح فى الأموال بما لا يسمح به هنا [١].

والنتيجة التى نريد أن نصل إليها بما سبق، هى أنه يحرم أيضاً الخطبة على الخطبة فى حالة ما إذا كان الثانى أفضل لها فى دينه وحسن صحبته وفى الوقت نفسه يجب بذل النصيحة للمرأة أو لوليها للتحذير من الخاطب الذى تقدم بخطبتها وفيه عيب فى دينه أو صحبته.

وهذه بالإضافة إلى أن حديث فاطمة بنت قيس الذى اعتمد عليه ابن حزم فى رأيه إنما يفيد حل تقدم الثانى بخطبة المرأة ما دامت المرأة أو وليها لم يصرحا بإجابة الخاطب الأول أو رده، وليس فى هذا الحديث ما يدل على أن فاطمة بنت قيس كانت قد رضيت بمعاوية أو بأبى جهم، بل إنها جاءت مستشيرة للنبى صلى الله عليه وسلم فأشار عليها بما هو الأولى ولم يكن هناك خطبة على خطبة [٢].

من الذى يعول عليه فى الرد والإجابة ؟

علمنا مما سبق أنه إذا حدثت إجابة للخاطب حرمت الخطبة على خطبته إذا توافرت سائر الشروط التى اشترطها العلماء، والسؤال الآن من الذى يعتبر إجابته أو رده، هل هو المرأة أو وليها ؟ إن الإجابة على هذا تختلف باختلاف حال المرأة من ناحية كونها مجبرة أو غير مجبرة، فإذا كانت المرأة غير مجبرة فهى التى تعتبر إجابتها للخاطب أو ردها له لأنها أحق بنفسها من وليها.

فلو كان وليها هو الذى أجاب الخاطب ولكنها لم توافق بل رغبت عن النكاح فالرأى رأيها، لأن الحق لها، ولو رضيت بالخطبة بعد أن أجاب وليها فهو كإجابتها [٣].

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٨

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٧ .

(٣) المغنى ج ٧ ص ٥٢٢ وشرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٢٩

وأما إذا كانت المرأة ممن يجوز لوليها إجبارها على النكاح فالولى هو المعول عليه فى الإجابة والرد (١) .

وقد بين بعض فقهاء الحنابلة عدة صور يسقط فيها حكم الإجابة فى حق غير المجبرة فتصبح الإجابة كأن لم تكن ، منها ما لو أجاب الولى ولكنها كرهت من أجيب إلى خطبته واختارت رجلا غيره ، ففى هذه الحال يسقط حكم إجابة وليها ، لأن اختيارها مقدم على اختياره ، وكذلك لو كرهت من أجيب إلى خطبته ولم تجز سواه فحكم الإجابة أيضاً يسقط ، لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغى له أن يكرهها على ما لا ترضاه .

ومنها ما لو كانت قد أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته لأن لها حق الرجوع .

ومنها إذا رجع الولى المجبر عن الإجابة ، لأن له النظر فى أمر المرأة التى يلى أمرها ما لم يقع العقد (٢) .

ويجدر بنا أن نشير إلى أن العلماء قد بينوا أن ولى المرأة لا يكره له الرجوع عن الإجابة ما دام قد رأى مصلحة المرأة فى ، هذا الرجوع لأن الحق لها والولى نائب عنها فى النظر فيما هو فيه ، مصلحتها ، فلا يكره له الرجوع الذى أدرك أن مصلحتها فيه .

كما أنه لا يكره له الرجوع إذا كانت المرأة قد كرهت الخاطب لأنه كما يقول ابن قدامة عقد عمرى يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر فى حظها .

وأما إذا كان الرجوع منها أو من وليها لغير غرض فهو حينئذ مكروه ، لأن فيه إخلافاً للوعد الذى كنا قد أعطيناه للخاطب . ولم يحرم . لأن الحق لم يلزم المرأة او وليها بعد ، مثل ما إذا سام إنسان سلعة ثم عدل عن بيعها (٣) .

---

(١) شرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٢٨

(٢) ابن قدامة ، المغنى ج ٧ ص ٥١٣ . (٣) المصدر السابق ص ٥٢٤

الحكم فى خطبة المرأة على خطبة امرأة أخرى

خطبة المرأة للرجل إذا كان من أهل الفضل من الأمور المستحبة ، فإذا رأت المرأة فى أحد الرجال الفضلاء مايجعله صالحا للزواج به فأرسلت إليه تخطبه لها فهذا من الأمور المستحبة .

فإذا ماأجابها الرجل المخطوب فهل يجوز لامرأة أخرى أن تجىء فتدعوه وترغبه فى نفسها وتزهده فى التى قبلها أم أن ذلك غير جائز لها ؟

إن النصوص التى نهت عن الخطبة على الخطبة تدل أيضا على تحريم خطبة المرأة على خطبة امرأة أخرى، إلحاقا للنساء فى الحكم بالرجال،فإذا ماحدثت خطبة من امرأة على خطبة أخرى لرجل قد أجابها ،فحينئذ ننظر،فإما أن تكون الخاطبة الأولى مكملة للعدد الذى يحل له الزواج به بأن كان الرجل متزوجا من ثلاث نسوة والخاطبة الأولى هى الرابعة ، أو كان الرجل لايريد إلا الزواج من واحدة فقط ، أو لم يكن هذا ولا ذاك ، فإذا كانت الخاطبة الأولى هى التى يكمل بها العددالذى لايجوز للرجل الزيادة عليه وهو أربع نسوة أو كان الرجل لايريد أن يتزوج إلا بواحدة فإن تقدم امرأة أخرى بخطبة الرجل فى هاتين الحالتين حرام إذا توافرت الشروط الأخرى التى اشترطها العلماء فى تحريم خطبة الرجل على الرجل .

وأما إذا كانت الخاطبة الأولى ليست مكملة للعدد الشرعى الذى يصح للرجل أن يتزوجه من النساء ولم يكن الرجل مريدا الاقتصار على زوجة واحدة فإن خطبة امرأة أخرى للرجل على خطبة الأولى غير محرمة لأنه يمكن أن يجمع فى الزواج بين الاثنتين(١) .

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٨ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٧ و ١٥٨ .

أثر الخطبة المحرمة فى عقد الزواج

عرفنا فيما سبق الشروط التى إذا توافرت تكون الخطبة على الخطبة محرمة، فإذا فرض أن توافرت شروط التحريم فى الخطبة الثانية ومع ذلك أقدم الخاطب الثانى على الخطبة ، ثم عقد على المخطوبة فما الحكم فى هذا العقد ؟ هل هو عقد صحيح أم أنه غير صحيح ويجب التفريق بين الزوجين ؟ .

اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة مذاهب :

الأول : يرى أن النكاح غير صحيح ويجب فسخ العقد سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده ، وعلى هذا داود الظاهرى واتباع مذهبه(١) كما ذهب إليه أيضا بعض المالكية وبينوا أن الدخول يتحقق بإرخاء الستور، أى بالخلوة بها سواء حصل اتصال جنسى أم لا(٢) .

الثانى : يرى أنه يفسخ النكاح إن لم يدخل بها وأما إذا كان قد دخل بها فلا يفسخ، وعلى هذا الرأى بعض المالكية فقالوا: يفسخ بطلقة بائنة، ثم اختلف هؤلاء فى الفسخ فذهب بعضهم إلى أن الفسخ واجب بمعنى أنه إذا وقع مثل ذلك ثم رفع أمره إلى الحاكم وثبت عنده أن العقد قد تم بعد أن ركنت المرأة أو وليها إلى الخاطب الأول أو أقرا بذلك ، فإنه يجب على الحاكم حينئذ أن يفسخ هذا النكاح .

وبعضهم وهم الأكثر بالنسبة إلى من قال بالوجوب قد ذهب إلى أن ذلك الفسخ ليس واجبا بل هو مستحب .

وأما إذا حدث الدخول فلا يفسخ النكاح حتى ولو لم يكن الزوج قد اتصل جنسيا بها(٣) .

---

(١) سبل السلام حـ ٣ ص ١١٤ نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ ص ١٠٧

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٢ ص ٢١٧

(٣) الشرح الصغير لأحمد الدردير حـ ٢ ص ١٩٨

المذهب الثالث : أن النكاح صحيح مع الحرمة ، ولا يفسخ سواء أكان قد دخل بها أم لم يدخل ، وعلى هذا الرأى جمهور العلماء[١] وفيهم الشافعية[٢] وبعض المالكية أيضا[٣] وفيهم الحنابلة والحنفية[٤] .

* * *

الأدلة

أما الذاهبون إلى بطلان النكاح فستندهم أن هذا نكاح منهى عنه فيكون باطلا مثل نكاح الشغار[٥] وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته مثلا لرجل آخر على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ، وليس بينهما مهر .

وأما الذين فرقوا بين ما إذا كان قد دخل بها وما إذا لم يكن قد دخل بها فقد اعتبروا أن العقد قد تأكد بالدخول فلا يفسخ حينئذ بخلافه قبله .

وأما الجمهور وهم الذاهبون إلى أن النكاح صحيح مع ارتكاب المحرم فإنهم قد احتجوا بأن المنهى عنه هو الخطبة ،والخطبة ليست شرطا من الشروط التى تشترط فى صحة عقد النكاح ، وعلى هذا فإذا وقعت الخطبة غير صحيحة فلا يتأثر النكاح فلا يفسخ[٦] .

ويبدو لنا أن رأى الجمهور هو الراجح لما استندوا إليه فإن الخطبة مع كونها محرمة فإنها لم تكن مقارنة للعقد فلم تؤثر فيه كما لو صرح بخطبة المعتدة[٧] .

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٥٧

(٢) مغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب حـ ٣ ص ٢٢٩

(٣) حاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢١٧

(٤) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٥٢٣

(٥) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٥٢٣

(٦) فتح البارى حـ ٩ ص ١٥٧

(٧) المغنى ح ٧ ص ٢٥٣

حكم النظر إلى من يريد خطبتها

نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية :

بين العلماء على اختلاف مذاهبهم أن الشريعة الإسلامية قد حرمت النظر إلى عورة المرأة الأجنبية لغير سبب لقوله تعالى : « قل المؤمنين يغضوا من أبصارهم(١) » .

والمراد بالمرأة الأجنبية هو كل امرأة ليست من النساء اللاتى لايحل للرجل نكاحهن(٢) .

وقد بين العلماء أيضا أن النظر بشهوة إلى كل من عدا زوجته أو جاريته حرام سواء فى ذلك أكان المنظور إليها ممن يحل له نكاحه أم من المحرمات عليه كأمه أو أخته أو عمته وما ماثل ذلك من سائر المحرمات عليه(٣) .

وقد بين السبكى أحد علماء الشافعية أن المراد بالشهوة هو أن يكون الشخص يحب النظر إلى الوجه الجميل ويلتذ به ، قال السبكى : « فإذا نظر ليلتذ بذلك الجمال فهو النظر بشهوة وهو حرام » قال « وليس المراد أن يشتهى زيادة على ذلك من الوقاع ومقدماته فإن ذلك ليس بشرط بل زيادة فى الفسق قال : « وكثير من الناس لايقدمون على فاحشة ويقتصرون على مجرد النظر والمحبة ويعتقدون أنهم سالمون من الإثم وليسوا بسالمين »(٤) .

وقد أجمع العلماء على تحريم النظر إلى المرأة عند الخوف من الفتنة سواء أكان المنظور إليه من عورة المرأة وهى فى المرأة الأجنبية ماعدا الوجه والكفين، أم كان المنظور إليه هو الوجه والكفين، فإذا خاف الرجل الفتنة إذا نظر فإنه بإجماع العلماء يحرم عليه هذا النظر إلى أى موضع فيها(٥) .

---

(١) سورة النور آية ٣٠

(٢) شرح المحلى حـ ٣ ص ٢٢٣

(٣) نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٤٥

(٤) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٣١

(٥) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٣١

قال ابن الصلاح : « وليس المعنى بخوف الفتنة غلبة الظن بوقوعها بل يكفى أن لا يكون ذلك نادرا »[1] .

وإذا كان العلماء قد اتفقوا على التحريم فى حالة ما إذا خاف الرجل الفتنة ، واتفقوا كذلك على حرمة النظر إلى ماعدا الوجه والكفين فى المرأة الأجنبية ، فإنهم قد اختلفوا فى النظر قصدا إلى وجه المرأة الأجنبية وكفيها فى حالة ما إذا لم تخف الفتنة وكان النظر لغير شهوة .

فنقل عن الإمام الشافعى رضى الله عنه أن النظر بغير شهوة إلى وجه المرأة الأجنبية وكفيها عند أمن الفتنة ليس محرما بل هو مكروه[2] قال على ابن سليمان المرداوى أحد علماء الحنابلة : « وهذا الذى لا يسع الناس غيره ، خصوصا الجيران والأقارب غير المحرم الذى نشأ بينهم »[3] ونرى كتب الشافعية تبين أن الكراهة هى أحد رأيين أرجحهما التحريم[4] .

ويوافق الرأى الراجح عند علماء الشافعية ما يذهب إليه الحنابلة فإنهم يرون أن النظر من الرجل إلى المرأة الأجنبية من غير سبب حرام إلى جميع المرأة[5] .

وأما المرأة فيجوز لها أن تنظر من امرأة مثلها ومن الرجل إلى ماعدا ما بين السرة والركبة . بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة رضى الله عنها : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يسترنى بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون فى المسجد » روى البخارى ومسلم ، ولما فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مشى إلى النساء فذكرهن ومعه بلال ،

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٣١

(٢) المغنى لابن قدامه حـ ٧ ص ٤٦٠ .

(٣) حاشية الروض المربع لعبد الله بن عبد العزيز العنقرى مطبوعة مع الروض المربع حـ ٣ ص ٦٤ مطبعة السعادة

(٤) شرح المحلى حـ ٣ ص ٢٢٢ .

(٥) المغنى حـ ٧٦ ص ٤٦٠

ويرى بعض العلماء أنه لايباح للمرأة أن تنظر إلى رجل غير محرم ، واستدل هذا البعض بمارواه أبوداود وغيره عن نبهان عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: «كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ،فاستأذن ابن أم مكتوم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه ، فقلت : يارسول الله ، إنه ضرير لايبصر، فقال : أفعميا وان أنتما لاتبصرانه؟ والجواب عن هذا أن الإمام أحمد ضعف هذا الحديث،وابن عبدالبر قال: نبهان مجهول لايعرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة(١) .

ولكل رأى من الآراء التى ذكرناها فى نظر الرجل إلى المرأة أدلة فصلها علماؤنا رضوان الله عليهم(٢) ولانرى حاجة إلى ذكرها هنا لأننا أردنا بهذه الإشارة أن تكون مدخلا لبيان حكم النظر من الرجل إلى من يريد نكاحها هل هو جائز أم غير جائز؟ وإذا كان جائزا فما هى حدوده وما هو وقته وماهى شروطه ؟ إلى غير ذلك مما سنحاول بيانه إن شاء الله فيما يأتى من مسائل متصلة بهذا الموضوع .

جماهير العلماء ترى جواز النظر عند إرادة النكاح :

ذهب الجماهير من العلماء إلى أن الرجل إذا أراد أن يتزوج فإنه يجوز له أن ينظر إلى من أراد نكاحها ، لم يشذ عن القول بذلك إلا بعض لايرى جواز النظر إلى المرأة قبل العقد(٣) وهذا الرأى كما يقول الشوكانى خطأ مخالف للأدلة ولأقوال أهل العلم(٤) .

وقد استند العلماء فى جواز نظر الرجل إلى من أراد نكاحها إلى الأحاديث المروية فى هذا الأمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد روى عن المغيرة

(١) حاشية الروض المربع جـ ٣ ص ٦٣

(٢) انظر مثلا : نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٥ وانظر المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ وانظر شرح المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ٢٢٢ وانظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١١١ وما بعدها .

(٣) الحاوى للماوردى جـ ١٢ ورقة رقم ١٥

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١١

ابن شعبة أنه خطب امرأة فقال النبي صلى الله عليه وسلم «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم[١] بينكما».

وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال: خطب رجل امرأة فقال النبي صلى الله عليه وسلم «انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا»[٢].

وعن جابر قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا خطب أحدكم[٣] المرأة فقدر أن يرى منها بعض مايدعوه إلى نكاحها فليفعل».

وعن موسى بن عبد الله عن أبي حميد أو حميدة قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لاتعلم».

وعن محمد بن مسلمة قال: «سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إذا ألقى الله عز وجل فى قلب امرىء خطبة امرأة فلابأس أن ينظر إليها[٤]

فهذه الأحاديث الشريفة وغيرها تدل على أن للرجل أن ينظر من يريد نكاحها. ويرى الشوكانى أن الأوامر المذكورة فى الحديث الذى رواه أبو هريرة والحديث الذى روى عن المغيرة بن شعبة والحديث الذى رواه جابر تدل على الإباحة ولاتدل على وجوب النظر، لأن هناك قرينة تصرف هذه الأوامر عن الوجوب وهى قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى الحديث المروى عن أبى حميد أو حميدة فلا جناح عليه» وقال الرسول صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى رواه محمد بن مسلمة: «فلا بأس» قال الشوكانى: «وإلى هذا الرأى ذهب جمهور العلماء[٥].

---

(١) أدم يأدم بكسر الدال: أصلح وألف

(٢) اختلف فى معنى قوله ص «شيئا» فقال بعض العلماء: عمش، وقال بعضهم صغر قال ابن حجر فى فتح البارى: الثانى وقع فى رواية أبى عوانة فى مستخرجه فهو المعتمد فتح البارى ج ٩ ص ١٤٣

(٣) خطب أى عزم على خطبة المرأة.

(٤) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٠٩ و١١٠

(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١١

ويرى فقهاء الشافعية أن النظر إلى من أراد نكاحها مندوب لأنه مأمور به كما تبين فى الأحاديث الشريفة مع التعليل بأنه أحرى أن يؤدم بينهما أى تدوم بينهما المودة والألفة، يقول الإمام النووى « وإذا قصد نكاحها سن نظره إليها قبل الخطبة » (١) .

وكذلك ذهب بعض المالكية إلى أن النظر مندوب يقول أحمد الدردير : « وندب نظر وجهها وكفيها قبل العقد ليعلم بذلك حقيقة أمرها » ولكن عامة أهل المذهب المالكى يرون أن النظر من الأمور الجائزة لا الأمور المندوبة(٢) ونرى أن ما ذكره الشافعية يصلح أن يكون مرجحا لحمل الأوامر الشريفة الواردة فى هذا المجال على الندب .

هذا ، وقد استند من ذهب إلى أنه لايجوز أن ينظر إلى شىء من المرأة إلى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاتتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك ، والثانية عليك » والرد على هذا هو الأحاديث التى استدل بها جماهير العلماء على جواز النظر عند إرادة الخطبة ، فإنها تفيد استثناء من الحكم الأصلى وهو تحريم النظر (٣) .

ماذا يفعل لو لم يتيسر له النظر :

ما الذى يجوز فعله لمن أراد الزواج وكان لايبصر أو حدث من الأسباب مايمنعه من أن يرى المرأة المراد خطبتها؟ كأن كان مسافرا وتفصله المسافات بينه وبينها، أو كان هو نفسه لايريد أن ينظر إليها بنفسه، أو غير ذلك من الأسباب؟

يستفاد من كلام المالكية أنه يجوز له أن يوكل غيره لينظر إليها ثم يصفها له بعد ذلك ، سواء أكان الوكيل رجلا يحل له النظر إليها ، أم كان لايحل له النظر إليها ، وسواء أكان رجلا أم امرأة (٤) .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٤ (٢) الشرح الصغير جـ ٢ ص ١٩٧

(٣) الحاوى الكبير ، المصدر السابق جـ ١٢ ورقة رقم ١٥ ، ١٦

(٤) الشرح الصغير جـ ٢ ص ١٩٧

وبين المالكية أنه كما يندب لمن يريد النكاح أن ينظر إلى وجه وكفى المرأة المراد نكاحها فكذلك يندب للوكيل ، سواء أكان رجلا أم امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفيها، فقاسوا الوكيل على الموكل فى هذا الحكم وقالوا: إنه يجوز للمرأة الوكيلة أن تنظر إلى ما زاد على الوجه والكفين من حيث كونها امرأة لا من حيث كونها وكيلة، إذ الموكل لا يجوز له أن ينظر إلى ما زاد على الوجه والكفين فكذلك وكيله من باب أولى (١) .

هذا وإذا كان يستفاد من كلام المالكية — كما سبق — جواز أن يكون الوكيل رجلا ممن لا يحل له النظر إلى من يراد نكاحها ، فإننا نرى شمس الدين الرملى أحد فقهاء الشافعية يصرح بأن الوكيل يكون ممن يحل له نظرها فيقول(٢) ومن لا يتيسر له النظر أو لا يريده بنفسه - كما أطلقه جمع - يسن له أن يرسل من يحل له نظرها ليتأملها ويصفها له ولو بما لا يحل له نظره كما يؤخذ من الخبر . فيستفيد بالبعث ما لا يستفيد بالنظر ، وهذا لمزيد الحاجة إليه مستثنى من حرمة وصف امرأة لرجل ، وعلى ذلك فالشافعية يشترطون فى الوكيل أن يكون ممن يحل له أن ينظر إلى المرأة المراد نكاحها سواء أكان الوكيل رجلا كابن أختها أو ممسوح يباح له النظر إلى النساء، أو كان امرأة كما مثل لذلك الشبراملسى فى حاشيته (٣) .

ويرى القليوبى أحد علماء الشافعية أنه إذا تعذر عليه أن ينظر إلى من أراد خطبتها فلا يجوز له أن ينظر إلى أختها ولو كانت أختها مزوجة ، ولعل القليوبى نظر إلى أن النظر إلى المرأة حرام وأن جواز النظر إنما جاء مستثنى من القاعدة الأصلية لأجل الحاجة (٤) .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٢ ص ٢١٥

(٢) نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٤٥

(٣) حاشية الشبراملسى على شرح الرملى حـ ٥ ص ١٤٥ .

(٤) حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٢١

وقد بين العلماء أن الرخصة هى فى النظر فقط، وعلى ذلك فلايجوز له أن يمس شيئا من جسمها حتى ولو كان أعمى (١) ، فلا يحل للرجل أن يمس وجه امرأة أجنبية وإن كان النظر حلالا له فى بعض الحالات مع أمن الفتنة والشهوة كالخطبة والشهادة والتعليم (٢) .

* * *

شروط جواز النظر إلى من يريد الزواج منها

لجواز النظر إلى المرأة المراد زواجها عدة شروط بينها العلماء :

الشرط الأول : أن يقصد النكاح ، وهو شرط ملاحظ فى الأصل إذ لو لم يكن قاصداً نكاحها لم يجز له أن ينظر إليها .

الشرط الثانى : أن يحصل عنده رجاء ظاهر فى إجابة المرأة أو وليها لهذه الخطبة ، وهو شرط قاله العز بن عبد السلام من الشافعية ، وأما إذا علم الرجل الذى يريد النكاح عدم الإجابة فإن ابن القطان من المالكية وغيره منهم يرى أنه إن خيفت الفتنة حرم نظره إليها وإن لم تخف الفتنة كان النظر مكروها ، وعللت الكراهة حينئذ ـ مع كون نظر الرجل إلى وجه المرأة الأجنبية وكفيها جائزاً عند المالكية ـ بأن النظر إلى الوجه والكفين فى معرض النكاح مظنة قصد الشهوة (٣) .

الشرط الثالث أن يكون عالما بخلوها عن الزواج بآخر، وبخلوها عن عدة تحرم التعريض بالخطبة (٤)

---

(١) حاشية القليوبى جـ ٣ ص ٢٢١

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٢٠١

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢١٥ .

(٤) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٤ .

هذا وقد قال أصحاب الشافعى رضى الله عنه ينبغى أن يكون نظر الرجل المريد النكاح إلى المرأة قبل الخطبة لا بعدها، حتى إذا حصل إعراضه عنها لا يحصل التأذى للمرأة الذى يحصل إذا ماتركها بعد الخطبة (١) .

ولكن هل للخاطب أن ينظر إليها بعد الخطبة وقبل أن يعقد عليها ؟

وإذا كان له ذلك فهل يأخذ حكم الندب كما أن النظر مندوب قبل الخطبة عند بعض العلماء ؟

أجاب عن ذلك بعض علماء الشافعية بأن النظر قبل الخطبة مندوب ، وبعد الخطبة جائز ، وبعضهم أعطى النظر بعد الخطبة حكم الندب أيضا فالنظر عند هؤلاء مندوب قبل الخطبة وبعدها (٢) .

الموضع الذى يجوز له أن ينظر إليه

أجمع العلماء على اختلاف مذاهبهم عدا بعضا لا يعتد بخلافه كما وضحنا عند الكلام على جواز النظر عند إرادة الزواج ، أجمع العلماء على جواز أن ينظر الرجل الذى يريد الخطبة إلى وجه المرأة وذلك لأنه - كما يقول ابن قدامة - ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر (٣) .

ثم اختلف العلماء فيما زاد على الوجه كما سنبينه .

فجمهور العلماء يرون أنه يجوز له أن ينظر إلى الوجه والكفين وماعداهما ليس جائزا له النظر إليه ، وذلك لأن غير الوجه والكفين من عورة المرأة لقول الله تبارك وتعالى : « ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها » ، أى الوجه والكفين ، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أسماء بنت أبى بكر

---

(١) المصدر السابق جـ ٥ ص ١٤٤ وسبل السلام ج ٣ ص ١١٣ .

(٢) حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ٢٢١ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٤

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٧٥٣

دخلت على عائشة أختها زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعليها ثوب رقيق، فقال لها: «أما علمت أن المرأة إذا حاضت حرم كل شيء منها إلا هذا وهذا»، وأشار إلى وجهه وكفيه، ولأن فى النظر إلى الوجه والكفين ما يحقق الغرض العادى من النظر إلى هذين الموضعين، لأن النظر إلى الوجه سيدله على جمال المرأة وعدم جمالها، والنظر إلى الكفين سيدله على خصوبة جسمها أو عدم خصوبته[١].

وحكى ابن حجر العسقلانى عن الأوزاعى أنه قال: يجتهد وينظر إلى ما يريد منها إلا العورة[٢] وأما الصنعانى وابن قدامة فقد حكيا عنه أنه قال: ينظر إلى مواضع اللحم من جسم المرأة[٣].

ويرى داود الظاهرى وابن حزم وأتباعهما أنه يجوز له أن ينظر إلى كل جسمها وذلك لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام «انظر إليها»[٤].

وأما الحنابلة فيرون أنه يجوز له أن ينظر إلى ما يظهر من جسم المرأة غالبا كالوجه والرقبة واليدين والقدمين[٥] ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر من جسم المرأة على حسب العادة كصدرها وظهرها ونحوهما، هكذا قرر ابن قدامة أحد كبار علمائهم ثم نقل عن الإمام أحمد ابن حنبل أنه قال فى إحدى الروايات عنه: ينظر إلى الوجه، وفى رواية أخرى عنه أنه قال: لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك[٦] وقد استدل ابن قدامة على

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٤ وشرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٢٢ والشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٧ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥ والحاوى الكبير ج ١٢ ورقة ١٥

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٤ (٣) سبل السلام ج ٣ ص ١١٣ والمغنى ج ٣ ص ٤٥٣

(٤) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٣٠ والمغنى ج ٧ ص ٤٥٣.

(٥) كشف المخدرات والرياض المزهرات، تأليف عبد الرحمن بن عبد الله ابن أحمد ص ٣٥٣. المطبعة السلفية.

(٦) المغنى ج ٧ ص ٤٥٣، ٤٥٤

أنه يجوز للرجل أن ينظر فقط إلى مايظهر من المرأة عادة مثل رقبتها ورأسها وكفيها وقدميها ونحو ذلك بعدة أدلة ، منها :

أولا : قول الله تبارك وتعالى . « ولايبدين زينتهن إلا ماظهر منها »(١) وقد روى عن ابن عباس تفسير « ماظهر منها » بأنه الوجه وبطن الكف .

ثانيا . النظر فى الأصل محرم من الرجل إلى المرأة الأجنبية ولكنه أبيح للحاجة فوجب أن يختص بما تدعو الحاجة إليه وماتدعو الحاجة إليه هو مايظهر من المرأة العادة .

ثالثا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أذن لمن يريد النكاح أن ينظر إلى من يريد نكاحها ، ولو من غير أن تعلم هى بنظره إليها ، حيث قد أطلق الحديث فلم يقيد النظر بموضع معين ، ولأن فى حديث جابر فى بعض رواياته « فكنت أتخبأ لها » دل ذلك على أنه يجوز له أن ينظر إلى مايظهر عادة فلا يمكن أن يفرد الوجه بالنظر مع كون غير الوجه مشاركا فى الظهور .

رابعا . المرأة التى يراد نكاحها أذن الشارع فى النظر إليها كما ينظر إلى ذوات محارمه ، وهو يجوز له أن ينظر من ذوات محارمه إلى مايظهر غالبا كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك .

* * *

هل يجوز له أن ينظر إليها بشهوة ؟

صرح الفقهاء بأن لمن أراد النكاح تكرار النظر إلى من أراد نكاحها وتأمل محاسنها ، لأن المقصود من النظر لايحصل إلا بذلك(٢) قال صاحب

(١) سورة النور آية ٣١

(٢) كشف المخدرات والرياض المزهرات لعبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد ص ٣٥٣

منهاج الطالبين « وله تكرير نظره » وأضاف المحلى شارحه « ليتبين هيئتها فلا يندم بعد نكاحها عليه[١] ويقول ابن قدامة : « قال أحمد فى رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها لأن المقصود لايحصل إلابذلك[٢] .

وبين الرملى أنه لو تبين له هيئتها من نظرات أو نظرة واحدة حرم عليه مازاد من النظرات بعد ماحصل من تبين لهيئتها قال « لأنه نظر أبيح لضرورة فليتقيد بها »[٣] .

وإذا كان العلماء قد صرحوا بجواز تكرار النظر حتى يتبين له هيئتها فماهو موقفهم من نظر الرجل بشهوة أى تلذذه بالنظر إلى من أراد نكاحها ؟

أما البعض من العلماء فقد صرحوا بجواز أن ينظر إليها بشهوة حتى يتبين له هيئتها ، وعلى ذلك الرويانى والرملى والقليوبى من علماء الشافعية[٤] .

وأما المالكية والحنابلة فيرون أنه لايجوز أن ينظر إليها وهو يقصد التلذذ[٥] .

لايجوز للرجل أن يخلو بمن يريد خطبتها

قد تحدث الرجل نفسه أن يختلى بمن يريد خطبتها ، وقد يرى استجابة منها أو من أهلها لذلك ، فما هو رأى الفقهاء المسلمين فى هذه الخلوة ؟ أجاب الفقهاء بأن المرأة التى يراد خطبتها هى أجنبية بالنسبة إليه مادام لم يعقد عليها ، والخلوة بالأجنبية حرام ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لايخلون رجل بامرأة

(١) شرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٦٢٢ (٢) المغنى ج ٧ ص ٤٥٣

(٣) شرح الرملى على المنهاج ج ٥ ص ٤٤

(٤) شرح الرملى ج ٥ ص ١٤٤ حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٢١

(٥) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الآبى ج ١ ص ٢٧٥ ـ دار احياء الكتب العربية . والشرح الكبير لأحمد الدردير ج٢ ص ٢١ ، والمغنى ج٧ ص ٤٥٣

إلا مع ذى محرم ،[١] والشرع لم يرد إلا بجواز النظر فبقيت الخلوة على التحريم، وأيضا فإنه ليس مأمونا أن يحصل بينهما فى الخلوة شىء مما هو محرم بين الرجل والمرأة التى ليست له بزوجة[٢] .

لهذا فإنه يجب أن يكون معهما عند نظره إليها أحد محارمها كأخيها أو أبيها للاحتياط فى هذا الأمر .

هل يجوز له النظر من غير إذنها أو إذن وليها ؟

يحصل فى بعض الأحوال أن الرجل لا يريد أن يستأذنها أو وليها فى النظر إليها ، لأنه لا يريد أن يخبرهما بما عزم عليه من خطبة المرأة مثلا ، لأن هذا قد يسبب لها حرجا إذا لم تعجبه ،فيرى من الأحسن ألا يعلن للمرأة أو لوليها عن رغبته فى التقدم لخطبتها إلا بعد أن يراها فتعجبه .

وقد يحصل أن يتقدم الرجل طالبا أن يؤذن له فى رؤية من يريد خطبتها فيرفض الإذن له فى ذلك،فهل له فى مثل هذه الأحوال أن يراها بدون الحصول على هذا الإذن ؟

يرى الجمهور من العلماء أنه يجوز للرجل أن ينظر إلى من قصد نكاحها سواء أؤذن له فى ذلك أم لم يؤذن[٣] قال الرملى أحد فقهاء الشافعية[٤] ، «اكتفاء بإذنه صلى الله عليه وسلم فى روايةوإن كانت لا تعلم. بل قال الأذرعى الأولى عدم علمها لأنها قد تتزين له بما يغره » .

واستدل الذهبون إلى جواز النظر إليها بدون إذن منها أو من وليها بعدة أمور منها[٥] :

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١١٣ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٥٣ وحاشية القليوبى ج ٣ ص ٢٢١

(٣) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٤ . (٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٤ .

(٥) المغنى ج ٧ ص ٤٥٣ .

أولا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بالنظر وأطلق ، فلم يقيد النظر بحالة خاصة .

ثانيا : ورد في حديث جابر رضى الله عنه قول جابر [١] : « فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها » رواه أحمد وأبو دواد ، وظاهر أن تخفى جابر رضى الله عنه عندما كان يراها إنما كان لأنه فهم أن أمر المصطفى صلى الله عليه وسلم بالنظر ليس مقيدا بإذن منها أو من وليها .

ثالثا : أن النظر إلى المرأة المراد خطبتها إذا كان مباحا فإنه حينئذ لا يكون محتاجا إلى إذن ، لأن الإتيان بالمباحات لا يفتقر إلى إذن أحد ، وإن كان النظر حراما فإن إذنها أو إذن وليها لا يحوله إلى مباح [٢] .

وأما المالكية فقد خالفوا الجمهور وذهبوا إلى القول بكراهة استغفال المرأة بالنظر إليها من غير علمها إن كانت رشيدة أو علم وليها إذا لم تكن رشيدة [٣] قال الدسوقى أحد علمائهم معللا القول بكراهة الاستغفال [٤] : « لئلا يتطرق أهل الفساد لنظر محارم الناس ويقولون نحن خطاب » .

ونرى أن مايراه الجمهور من جواز النظر إليها سواء أوذن له فى ذلك أم لم يؤذن أولى بالترجيح كما هو ظاهر الأحاديث الواردة فى هذا المجال [٥] ولما فى حديث جابر السالف الذكر من قوله « فكنت أتخبأ لها » بل قد ورد فى بعض الأحاديث الإذن من الرسول صلى الله عليه وسلم صريحاً عند عدم علم المرأة بذلك فى الحديث الذى ذكرناه سابقا مروياً عن موسى بن عبد الله عن أبى

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١١٣ .

(٢) الحاوى الكبير ، المصدر السابق ج ١٢ ورقة ١٦

(٣) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ج ١ ص ٢٧٥ والشرح الصغير ج ٣ ص ١٩٧

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٥ .

(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١١ .

حميد أو حميدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لاتعلم » وهذا حديث رواه الإمام أحمد بن حنبل وأخرجه أيضاً الطبراني والبزار[١]

حكم نظر المخطوبة إلى الخاطب

إذا كان الشارع الحكيم قد أباح للرجل الذى يريد النكاح أن ينظر إلى من يريد أن ينكحها على الصفة السابقة التى بيناها ، فهل يجوز للمرأة أيضاً أن تنظر إليه ؟ ظاهر كلام الرملى أنه كما يسن للرجل عند الشافعية أن ينظر إلى من قصد نكاحها للأدلة الواردة فى هذا ، فكذلك يسن للمرأة أن تنظر إليه[٢] ويرى المالكية أيضا أنه كما أن النظر من الرجل مندوب إلى وجهها وكفيها يندب للمرأة أن تنظر من الرجل ذلك[٣] .

وجواز نظر المرأة للرجل أو استحبابه على رأى القائلين بالاستحباب أمر ظاهر ، لأنه لما كانت الحكمة فى جواز النظر من الرجل إلى المرأة التى يريد أن يتزوجها هى أن يتبين ما يعجبه ومالا يعجبه منها فإذا ما أقدم بعد تبينه فإن ذلك غالباً يكون من دواعى حصول المودة والألفة بينهما لما كانت هذه هى الحكمة فإنه مما لاشك فيه أن دواعى حصول المودة والألفة تكون أقوى فى حالة ما أعجبها الرجل أيضا ، وحتى يمكن أن يتحقق الإعجاب أولا يتحقق من المرأة لابد من أن تنظر إليه .

وبعد . فختاما لهذا المبحث وهو مبحث النظر إلى من يراد خطبتها يجب أن نوضح أن العلماء قد بينوا أنه من كريم الأخلاق عند الرجل إذا لم تعجبه المرأة بعد أن ينظر إليها أن لا يصرح بأنه لا يريدها ، بل يسكت ، وحتى لو طال سكوته

(١) المصدر السابق ج٦ ص ١١٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٤ .

(٣) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢١٥

عن التصريح برأيه فإن هذا السكوت الطويل أقل ضرراً مما لو قال لا أريدها ، والله أعلم(١) .

حكم استرداد الهدايا إذا ترك الخاطب المخطوبة

قد يقدم الخاطب إلى مخطوبته هدية ، أو يدفع لها جزءا من المهر المتفق عليه ، وقد تكون المخطوبة هي التي أهدت إلى خاطبها ، فهل يحق — عند العدول عن إتمام الزواج — الذي أهدى أن يسترد هديته ؟

إن ماقدمه الخاطب إلى مخطوبته على أنه مهر له الحق فى استرداده ، لأن المهر يعد حكما من أحكام الزواج والزواج لم يتم فلم تترتب عليه أحكامه ، وعلى هذا فيجب أن يرد إذا كان قائما لم يهلك أو استهلك ، ويرد مثله أو قيمته إن كان قد هلك أو استهلك ، وسنذكر فيما يأتى آراء العلماء فى مسألة الهــــدايا .

مايراه الحنفية :

بين علماء الحنفية أن الذى بعثه الخاطب إلى مخطوبته ، إما أن يكون من المهر أو يكون هدية لها ، فإن كان مابعثه من المهر فإما أن تكون عينه باقية أو حصل لها الهلاك ، فإذا كانت عينه لازالت باقية فله الحق فى استرداد عينه حتى ولو كان قد تغير باستعمال المخطوبة له ، ولا يحق له أن يطالب بمقابل لما انتقص بالاستعمال ، وذلك لأن المخطوبة لها سلطة استعماله بوصفها مالكة له حين استعماله ، وإذا تصرف المالك بمقتضى سلطته على المملوك فلا يلزم شىء فى مقابل ماينتقص باستعماله لمملوكه .

وأما إذا هلكت عين مابعثه من المهر ، فإنه يجب له بدل هذا الهالك ،

---

(١) الرملى نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٥ .

أو قيمته ، وذلك لأنه إنما بعث المهر على سبيل المعاوضة ولم تتم هذه المعاوضة فيجوز الاسترداد .

وينبغى أن يلاحظ أن الشيء الذى بعثه الخاطب إلى مخطوبته يعد من المهر إذا اتفق الخاطب والمخطوبة على أنه من المهر ، أما إذا اختلفا فادعى هو أنه من المهر وادعت هى أنه هدية ، فإذا لم توجد بينة لأحدهما فيسمع قول الخاطب بيمينه ، وأما إذا أقام كل منهما بينة على دعواه فإن بينة المخطوبة هى التى يجب تقديمها .

وأما إذا كان ما بعثه إلى المخطوبة هدية لها ، فإما أن تكون هذه الهدية لازالت قائمة ، أو هلكت أو استهلكت .

فإذا كانت لازالت قائمة فله الحق فى استردادها ، كالإسورة والخاتم والعقد والقرط والساعة وما ماثل هذه الأشياء .

وأما إذا كانت قد هلكت او استهلكت فليس له الحق فى المطالبة ببدلها أو قيمتها ، وذلك لأن الإهداء إلى المخطوبة فى معنى الهبة ، وهلاك الموهوب أو استهلاكه مانع من الرجوع .

هذا ، وقد بين ابن عابدين من مشاهير علماء الحنفية أنه يشترط فى ثبوت حق الخاطب فى استرداد ما بعثه إذا كان موجوداً أن يكون ذلك الاسترداد إما برضاء الطرفين او عن طريق القضاء ، ويشترط كذلك عدم وجود مانع يمنع من الرجوع ، كما إذا كان الخاطب قد أهدى إليها ثوبا فصبغته أو خاطته، فليس له الحق حينئذ فى الاسترداد[1] .

ومايراه الحنفية فى هدايا الخطبة متفق مع مايرونه فى الهبة ، فهم يرون أن الهبة يجوز الرجوع فيها إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع ، كهلاك الشيء الموهوب أو استهلاكه ، والهدية كالهبة فتأخذ حكمها .

---

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ١٥٣

مايراه المالكية :

علماء المالكية مختلفون فى حكم استرداد الهدايا المقدمة إلى المخطوبة ، فبعضهم يرى أن الخاطب ليس له الحق فى استرداد شىء من الهدايا التى قدمها إلى مخطوبته سواء أكان العدول عن إتمام الزواج من جهة المخطوبة،أم من جهة الخاطب ، وسواء أكانت الهدية باقية على حالها أم لا .

وبعضهم يرى التفصيل فى الحكم ، فبين أنه إما أن يكون الامتناع عن إتمام الزواج من جهة المخطوبة أو من جهة الخاطب،ولكل حالة من هاتين الحالتين حكمها .

فإذا كان الامتناع عن إتمام الزواج من جهة المخطوبة فللخاطب الحق فى استرداد هداياه التى أهداها إليها، وذلك لأنه قد أعطى الهدية من أجل الزواج، والزواج لم يتم ، فلا تستحق المخطوبة الهدية ، إلا إذا كانا قد اشترطا عدم استرداد الهدايا إذا لم يتم الزواج ، أو كان هناك عرف بين الناس يسير على هذا . فإن الشرط يجب تنفيذه ، والمعروف السائد بين الناس مثل المشروط .

وأما إذا كان الامتناع عن إتمام الزواج من جهة الخاطب فليس له الحق فى استرداد شىء من الهدايا ، حتى ولو كانت الهدية لازالت باقية على حالها عند المخطوبة .

وتبين من هذا أن المالكية يتفقون على أن عدم إتمام الزواج إذا كان من جهة الخاطب فليس له الحق فى استرداد شىء من الهدايا ، وأما إذا كان من جهة المخطوبة فبعضهم يرى أنه أيضا ليس له الحق فى هذا ، وهذا هو أصل المذهب عند المالكية . والبعض الآخر يرى أن الخاطب له فى هذه الحال الحق فى استرداد هداياه ، وهذا هو مايرجحه الإمامان ابن غازى ، وأحمد الدردير ،

وغيرهما من علماء المالكية ، وهو المفتى به عندهم(١) .

ما يراه الشافعية :

بين ابن العماد أحد علماء الشافعية أن هناك ثلاث صور لمسألة الهدايا :

الصورة الأولى : أن يبعث بشيء بعد عقد الزواج ، ويصرح بأن ما بعثه هدية ، وحينئذ فليس له حق الرجوع عليهم ، وذلك لأنه قد أباح لهم أن يستهلكوا ماله بدون عوض ، فلا يطالبهم به كما إذا قدم الإنسان طعاما لضيفه وقال له : كله ، فإذا طلب من ضيفه بعد ذلك عوضه فلا يلزم الضيف بالعوض .

الصورة الثانية : أن يبعث لهم بشيء ويصرح لهم بأنه من المهر ، فله الحق فى الرجوع عليهم بما بعثه من المهر .

الصورة الثالثة : أن يبعث بشيء على صورة الهدية وهو ساكت لا يصرح لهم بأنه هدية ولا بأنه من المهر .

ولا يخلو حاله حينئذ من أربعة أحوال :

الحال الأولى : أن يكون قد نوى الهدية ، فلا يحل له أن يرجع عليهم بما أهداه لهم .

الحال الثانية : أن يكون قد نوى جعل هذا الشيء الذى بعثه من المهر ، فيجوز له الرجوع عليهم عملا بما نواه ، وسواء أكان الذى بعثه من جنس المهر أم لم يكن من جنسه كالطعام .

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ المجلد الثالث ص ٤١٧ ، ٤١٨ دار الكتاب اللبنانى ببيروت والشرح الكبير لأحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ المكتبة التجارية الكبرى

الحال الثالثة : أن يطلق ، أى لايكون قد نوى شيئا من جمله هدية أو من المهر ، فلا يجوز له أن يرجع عليهم ، وذلك لأنه سلطهم على استهلاك ماله بدون نية العوض .

الحال الرابعة : أن يكون ما بعثه بعد إجابة الخطبة وقبل أن يعقد عليها ، فيبعث لهم وهو لا يقصد الهدية المجردة ، بل يقصد أن يزوجوه ، أو على قصد أن يكون الذى بعثه من المهر الذى يعقد عليه الزواج ،

فإذا ردوا خطبته أو رغب هو عنهم،وكان قد بعث لهم ما بعث على نية أن يزوجوه ، أو على أن يكون الذى بعثه لهم من المهر ، فقد أفتى ابن رزين وغيره أن له حق الرجوع عليهم بما بعثه ، وذلك لأنه لم يصرح بأن ما بعثه هدية ونفسه لم تطب به إلا على أساس أن الزواج سيتم ، وقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مال المسلم لا يحل إلا إذا طابت نفس صاحبه فقال : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » .

ولهذا قال حجة الإسلام الغزالى : « إن من نزل بقوم بغير دعوة فأطعموه شيئا حياء منه لم يحل له الأكل » وبين الغزالى أن الغصب نوعان :

غصب استيلاء ، وغصب استحياء .

فأما غصب الاستيلاء فهو أن يكون الشخص قد أخذ المال بصورة الاستيلاء والقهر والغلبة .

وأما غصب الاستحياء فهو أن يكون الشخص قد أخذه بنوع من الحياء قال الغزالى : وهما حرامان ، لأنه لافرق بين الإكراه على أخذ الأموال بالسياط الظاهرة وبين أخذها بالسياط الباطنة .

وقال الغزالى فى موضع آخر : وكذا لو أظهر شخص الفقر وأخفى الغنى فتصدق عليه إنسان بناء على ظاهر فقره حرم عليه أخذه (١) .

---

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيتمى ﺟ ٤ ص ١١٢

قال الرافعي من كبار علماء الشافعية : وفي كل محل أعطى الإنسان فيه شيء على قصد تحصيل غرض أو عوض فلم يحصل فإنه لا يباح له أكله ، فعلى هذا إذا خطب امرأة فأجابوه فبعث شيئا ولم يصرح بكونه هدية وقصد إباحته على قصد أن يزوجوه ، فإذا لم يزوجوه كان له الرجوع عليهم ، ومن أفتى بالرجوع مطلقا لم يصب [١] .

وقد تكلم فقهاء الشافعية أيضا عن صورة متصلة بهذه المسألة ، وهي ما إذا اختلف الخاطب مع المخطوبة ، فادعى أن ما أرسله أو دفعه إليها إنما هو من المهر الذي سيجب عليه بالعقد ، أو من الكسوة التي ستجب عليه بعد العقد والدخول ، وادعت هي أن ما أرسله أو دفعه إليها هدية وليس من المهر ، فالمصدق هنا هو المخطوبة ، لأنه لا توجد قرينة تدل على صدق الخاطب في قصده [٢] .

ما يراه الحنابلة :

بين الحنابلة أن هدية الخاطب إلى المخطوبة قبل أن يعقد عليها لا تعد من المهر ، فإذا كان أهل المخطوبة قد وعدوه بأن يعقدوا له عليها ولم يفوا بهذا الوعد فله حق استرجاع ما أهداه إلى المخطوبة ، وذلك لأنه أهدى إلى المخطوبة في مقابل حصول العقد عليها ولكنهم امتنعوا عن العقد فالسبب منهم .

وأما إذا ماتت المخطوبة بعد أن اتفق الخاطب مع المرأة ووليها على الزواج ، وكان الخاطب قد أهدى إليها بعض الهدايا ، فماتت قبل أن يعقد عليها فليس له حق استرجاع شيء مما أهداه لها ، وعلة هذا الحكم أن عدم إتمام العقد لم يكن من جهتهم ، فالموت لا يملكون بإزائه شيئا ، وكذلك لو مات الخاطب بعد

---

(١) المصدر السابق جـ ٤ ص ١١٣

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ، وحاشيتا عبد الحميد الشرواني وابن قاسم عليها جـ ٧ ص ٤٢١ ، ٤٢٢

أن أهدى إليها وقيل أن يعقد عليها، فليس لورثته حق استرجاع الهدايا من المرأة أو أهلها .

وإذا ما تم العقد ثم فسخ ، فإما أن يكون هـــذا الفسخ فى فرقة بينهما قهرية ، أو فرقة بينهما اختيارية مسقطة للمهر للمرأة ، او يكون الفسخ مقرراً للمهر كله للمرأة ، أو يكون طلقها قبل أن يدخل بها ، فهذه أقسام أربعة .

فأما إذا كان الفسخ فى فرقة قهرية ، كما إذا فسخ عقد الزواج — قبل أن يدخل الزوج بها — لأن الزوج ليس كفئا للمرأة ، فإنه يجب أن يرد للزوج كل مادفعه من مهر وهدية ، وذلك لأن الحال قد دل على أنه قد وهب ماقدم من هدايا بشرط أن يظل عقد الزواج باقيا ، فإذا زال هذا العقد ولم يبق فإنه حينئذ يملك حق الرجوع كما إذا وهب الإنسان هبة بشرط أن يثيبه الموهوب له ، ومثل هذا الحكم أيضا إذا كانت الزوجة قد وهبت الزوج شيئا قبل أن يدخل بها ثم حدث طلاق بينهما فلها حق استرجاع ماقدمته له من هدايا .

وأما إذا كان الفسخ فى فرقة اختيارية مسقطة للمهر للمرأة، كما إذا كان الفسخ قد حدث لوجود عيب بالمرأة كالجذام أو الجنون فإن المهر كله يرد إلى الزوج وكذلك ماقدمه من الهدايا .

وأما إذا كان الفسخ مقررا للمهر للمرأة كله كما إذا كان الفسخ بعد أن اتصل جنسيابها ، فإنه كما يحق للمرأة كل المهر يحق لها كذلك ما قدمه لها من هدايا فليس له حق المطالبة بها .

وأما إذا كان قد طلقها قبل الدخول فإن لها الحق فى نصف المهر ، فالطلاق قبل الدخول مسقط لنصف المهر، وليس له الحق فى استرجاع ماقدمه من هدايا، وذلك لأن العقد قد زال بسبب ليس من جهة الزوجة بل من جهة الزوج[1] .

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى جـ ٥ ص ١٥٣ ومنتهى الارادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لمحمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار . القسم الثانى ص ٢١٣ . طبع دار الجيل ، والروض المربع لمنصور ابن يونس البهوتى جـ ٣ ص ١١٤ وحاشية الروض المربع لعبد الله بن عبد العزيز العنقرى جـ ٢ ص ١١٤

أجرة كاتب الوثيقة :

عقد الزواج صحيح شرعا إذا توافرت أركانه وشروطه بدون أن يوثق، ولكن دعت الحاجة إلى التوثيق حتى لا يتلاعب أصحاب الهوى وشاهدو الزور بهذا العقد الخطير الذى هو عقد الإنسانية ، بعد أن كثرت حالات هذا التلاعب .

والذى يلزم بأجرة كاتب الوثيقة هو من جرت عادة الناس بأن يدفعها من الزوج أو الولى ، فإذا لم تكن هناك عادة بين الناس فالأجرة تجب على الزوج والولى معا ، وذلك لأن الزواج حق لهما فيجب على كل منهما أن يدفع نصف الأجر .

ولا يجوز شرعا أن تدفع أجرة للشاهدين باتفاق العلماء[1] .

(١) مواهب الجليل للحطاب . المجلد الثالث ص ٤٠٩

الفصل الثاني

الركن الأول فى عقد الزواج

الصيغـــة : ويشتمل على ما يأتى :

١ – معنى الركن والشرط وسبب اختلاف العلماء فى عـــد أركان عقد الزواج .

٢ – معنى الصيغة .

٣ – اللفظ الذى ينعقد به الزواج .

٤ – شروط الصيغة .

٥ – عقد الزواج بغير العربية .

٦ – عقد الزواج بإشارة الأخرس .

٧ – عقد الزواج بالكتابة .

٨ – انعقاد الزواج بالوكالة .

٩ – حكم عقد الزواج بعاقد واحد .

معنى الركن والشرط

نحب فى البدء أن نمهد للكلام عن أركان عقد الزواج وشروط صحته ببيان معنى كل من الركن والشرط فى لغة العرب وفى اصطلاح العلماء ، وذلك لأن ملاحظة العلماء لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركانا فى النكاح وبعضها شروطا فيه .

وقد ورد الركن فى لغة العرب بمعنى جانب الشىء الذى يستند إليه ويقوم به ، وأما معناه فى اصطلاح العلماء فهو ما كان جزءا من حقيقة الشىء ، يقول ابن منظور ، ركن الشىء جانبه الأقوى ، والركن الناحية القوية . . . وأركان الشىء جوانبه ، التى يستند إليها ويقوم بها . ويقول صاحب المصباح : « ركن الشىء جانبه ، والجمع أركان مثل قفل وأقفال ، وأركان الشىء أجزاء ماهيته[1] » .

وأما الشرط فهو فى اللغة بمعنى إلزام الشىء والتزامه[2] وأما فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين فهو « الخارج عن الشىء الموقوف عليه ذلك الشىء ، الغير المؤثر فى وجوده » وكلمة « الخارج عن الشىء » يحترز بها عن الركن فالركن داخل فى الماهية لا خارج عنها ، ويقصد بقيد « الموقوف عليه ذلك الشىء » الاحتراز عن السبب والعلامة ، لأن السبب طريق إلى الشىء ومفض إليه من غير أن يتوقف ذلك الشىء عليه ، ولأن العلامة تدل على وجود الشىء من غير أن تؤثر فيه ولا توقف الشىء عليها ، ويقصد بقيد « الغير المؤثر فى وجوده » الاحتراز عن العلة لوجوب كونها مؤثرة أى باعتبار الشارع لهذا التأثير[3] .

---

(١) لسان العرب جـ ١٧ مادة « ركن » ، والمصباح المنير جـ ١

(٢) لسان العرب جـ ٩ مادة « شرط » .

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون . للتهانوى . المجلد الأول ص ٧٥٣ .

هذا ، والمتتبع لاتجاهات علمائنا رضى الله عنهم فى بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنهم قد اختلفوا فى عد الأركان ، فالبعض من الفقهاء يرى أن أركان الزواج خمسة ، كالشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج هى زوج . وزوجة . وولى . وشاهدان وصيغة(١) . وإن كان حجة الإسلام الغزالى - وهو شافعى - يرى أن أركانه أربعة هى الصيغة والمحل والشهود والعاقد ، ويقصد بالمحل هنا الزوجة وبالعاقد الولى والزوج ، فهو يختلف فى عدد الأركان مع من يرى من الشافعية أن الأركان خمسة ، وإن كان يتفق فى الحقيقة معهم ، فهو وهم يعتبرون أن الأركان هى زوج وزوجة وولى . وشاهدان وصيغة(٢) .

ونحب أن نبين هنا أن حجة الإسلام الغزالى مع أنه قد جعل الفاعل ركنا فى عدة مواضع مثل عقد الزواج وعقد البيع ، فإنه لم يجعل الفاعل ركنا فى العبادات ، وإذا حاولنا أن نجد فرقا بين الاتجاهين فإن ذلك يكون عسيرا ، غير أنه يمكن أن يقال : إن من المعلوم أن كل فاعل علة للفعل الذى أتى به ، ومن الأمور البديهية أن العلة غير المعلول . فحقيقة الشىء معلولة ، وإذا كان الفاعل متحدا أى غير متعدد — كما فى العبادات — فإنه حينئذ يكون له الاستقلال فى إيجاد الفعل ، فحكمه والحال كذلك حكم العلة العقلية ، ولا يقال عليه إنه ركن ، وأما إذا كان الفاعل متعدداً ، فإن كل واحد من المتعددين لا يكون له الاستقلال فى إيجاد الفعل ، بل يكون كل واحد محتاجا إلى غيره

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١ ، وينبغى أن يلاحظ أن الشافعية يعدون الشاهدين ركنا واحدا لعدم اختصاص أحدهما بشرط دون الآخر ، بخلاف الزوجين فإن هناك أمورا معتبرة فى كل واحد منهما قد لا تعتبر فى الآخر ، ولذلك يعد الزوج ركنا والزوجة ركنا . انظر حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١ وانظر حاشية عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى ج ٧ ص ٢١٧

(٢) الوجيز لحجة الاسلام الغزالى الجزء الثانى ص ٣ طبع مطبعة حوش قدم

معه فى الإيجاد ، لأن كل واحد من العاقدين ليس عاقدا ، بل إن العاقد فى الحقيقة اثنان وليس واحدا ، فإذا نظرنا فى عقد البيع والزواج مثلا ، وجدنا أن كل واحد من البائع والمشترى غير مستقل فى إيجاد عقدى البيع ، وكذلك فى عقد الزواج نجد أن كلا من الزوج والولى غير مستقل فى إيجاد عقد الزواج ، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معاً . وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بانفراده يبعد أن يكون شبيها بالعلة كما هو الحال عندما يكون الفاعل متحدا ، وإنما هو أشبه بالجزء من حقيقة الشىء فى كونه محتاجا إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة ، وبهذا الاعتبار صح أن يجعل الفاعل - إذا تعدد - ركنا[١] .

وذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هى الولى ، والصداق ، والزوج ، والزوجة ، والصيغة ، ويعلل بعض المالكية هذا الرأى بأن العقد - كما هو تعبير الشيخ محمد البنانى - لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعا الولى والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة ، والعوض فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره ولا يتصور العقد إلا بصيغة[٢] .

وإذا كان بعض الفقهاء يعد أركان الزواج خمسة فإن بعضهم يعدها ثلاثة . كما ذهب إلى ذلك العلامة أحمد الدردير من المالكية . فإنه قد صرح بأن أركان النكاح ثلاثة ، وإن كان الدردير قد اعتبر الزوج والزوجة ركنا واحدا وعبر عنهما بالمحل ، فهى فى الحقيقة تعتبر أربعة ، وهى كما بينها : الولى والمحل ، والصيغة ، وقد علل انحصار الأركان فيما ذكره من الولى والمحل والصيغة بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حل شىء بما يدل عليه ، ولم يعتبر المهر ركنا كما اعتبره بعض علماء مذهبه قائلا : « وأما الصداق فلا يتوقف عليه العقد . بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع ، وإن كان لا بد منه فيكون شرطا فى صحته[٣] .

---

(١) المصباح المنير ، مادة « ركن » .

(٢) حاشية البنانى على شرح الزرقانى ج ٩ ص ٦٨

(٣) الشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٤ ، ١٩٥

وإذا كان العلامة أحمد الدردير يذهب إلى أن أركان النكاح ثلاثة هى كما ذكرناها : الولى ، والزوج والزوجة ، والصيغة وهى الإيجاب والقبول ، فإننا نجد بعض الحنابلة أيضا يعدها ثلاثة كذلك ، هى الزوجان ، والإيجاب والقبول[١] .

وبجانب كون بعض الفقهاء يرى أن أركان النكاح خمسة ، وكون بعضهم يرى أن أركانه ثلاثة،فإن هناك من الفقهاء من يرى أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول فقط مثل الحنفية[٢] وبعض الحنابلة[٣]، وقولهم إن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول يتضمن فى الواقع كون الأركان عندهم أربعة ،هى العاقدان . والصيغة ، والمعقود عليه وهو الزوجة وذلك لأن وجود الصيغة التى هى الإيجاب والقبول يقتضى أن يوجد من صدرعنه الإيجاب وأن يوجد من صدر عنه القبول ، وإن كان يجوز عندهم كما يجوز عند بعض المذاهب الأخرى أن ينعقد النكاح فى بعض الأحوال بعاقد واحد ، كما إذا زوج الجد ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة كما سنشير إلى ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى، فهنا يكون العاقد الواحد قد قام بما يقوم به عاقدان .

والصيغة لابد أن تكون مبينة للمعقود عليه .

مما سبق يتبين أن العلماء يختلفون فى عدد أركان عقد الزواج ، ويرجع اختلافهم إلى أمور ، منها :

أولا : اختلافهم فى الأمور التى لابد منها فى عقد النكاح ، ولذلك وجدنا أن الشافعية والمالكية والحنابلة مثلا لما كانو يعتبرون الولى مما لابد منه فى النكاح بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته عدوه ركنا من أركان النكاح ،

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتى جـ ٥ ص ٣٧

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٢٩

(٣) منتهى الإرادات لمحمد بن أحمد الفتوحى القسم الثانى ص ١٥٦ طبع دار الجيل

ونجد أن الحنفية لما كانوا لايعدون الولى مما لابد منه فى النكاح لم يعتبروه ركنا فيه .

ثانيا : أن العلماء مع اتفاقهم فى أمر من الأمور على اعتباره مما لابد منه فى النكاح فإنهم قد يختلفون فى المراد بالركن هنا ، فلعل بعضهم قد أراد بالركن حقيقته اللغوية وهى جانب الشىء الذى يستند إليه ويقوم به،وعلى هذا يمكن أن يحمل قول أحد علماء المالكية . « أن الزوج والزوجة ركنان لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولى والصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح ، ثم قال : «وأما الصداق والشهود فلا ينبغى عدهما من الأركان ولا من الشروط لوجود النكاح بدونهما لأن المضر إسقاط الصداق والدخول بلا شهود »[١] .

وبعض العلماء أراد بالركن مالا توجد الحقيقة الشرعية إلا به،ولهذا نرى بعضا آخر من المالكية بعد الزوج والزوجة والولى والصيغة والصداق أركانا فى النكاح [٢] .

ثالثا : التجوز فى لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشىء زيادة تعلق واعتبار فى الشىء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض العلماء ركنا مجازا [٣] وذلك كالشاهدين فى للنكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم - أومعظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح ،فلعلهم - والله أعلم - قد نظروا إلى المعنى الذى وضحناه وهو زيادة التعلق والاعتبار فى الشىء بحيث صار بمنزلة الجزء فجعلوهما ركنا من أركان النكاح وليسا شرطا من شروط صحته .

(١و٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٣ ص ١٦٨ وحاشية البنانى على شرح الزرقانى ج ٣ ص ١٦٨ ؛

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى المجلد الأول ص ٥٩١

هذا وسنتكلم عن هذه الأركان والشروط عند العلماء مبينين الخلاف إن وجدناه فى أى منها، ونحب أن نوضح قبل الكلام عن هذه الأركان والشروط أن جميع العلماء متفقون على أن عقد الزواج عقد لازم إذا توافرت فيه الأركان والشروط. فلا يجوز الخيار فيه مادام العقد قد تم خلافا لما حكاه بعض العلماء عن أبى ثور (١).

وبناء على أن عقد الزواج عقد لازم فإنه لايحق لأحد أن ينفرد بفسخه، والمقصود بالفسخ هو أن ينقض هذا العقد من أصله، وهنا قد يتبادر إلى ذهن البعض سؤال هو : إذا كان عقد الزواج عقداً لازما لايصح أن ينقض من أصله فكيف يتفق هذا مع كون الزوج له حق الطلاق، والجواب أن الطلاق لايعد نقضا لعقد الزواج من أصله وفسخا له، وإنما هو فى حقيقته إنهاء لأحكام عقد الزواج وهو حق من الحقوق التى يملكها الزوج ويقتضيها العقد (٢).

كما نحب أيضا أن نؤكد أن المهر لايعتبر ركنا من أركان عقد الزواج ولاشرطا من شروط صحته، وإنما هو حكم من أحكام الزواج فهو حق من حقوق الزوجة وليس ركنا من أركان العقد ولا شرطا فى صحته، دل على ذلك الكتاب الكريم والسنة النبوية. فالقرآن الكريم يقول : «لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» الآية، فالقرآن قد نفى الإثم عن الرجل إذا طلق الزوجة قبل أن يجعل لها مهرا، والطلاق لايتصور إلا إذا سبقه زواج، وأما السنة فما روى أن سائلا سأل عبدالله بن مسعود عن امرأة مات زوجها عنها ولم يكن فرض لها شيئا. فجعل ابن مسعود يرده شهرا، ثم قال : أقول فيه برأيي، فإن يكن صوابا فمن الله ورسوله، وإن يكن خطأ فمن ابن أم عبد، وفى رواية أخرى : فمنى ومن الشيطان، والله ورسوله بريئان

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى ص ٢١٩

(٢) محاضرات فى عقد الزواج وآثاره للشيخ محمد أبو زهرة ص ٩٩ دار الاتحاد العربى للطباعة.

أرى لها مهر مثلها ، لاوكس ولا شطط ، فقام رجلان وقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه . فسر ابن مسعود رضى الله عنه لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا ما وضح هـذا ، فلنشرع الآن فى الكلام عن أركان عقد الزواج وشروط صحته ، وإليك هذه الأركان والشروط .

الركن الأول : الصيغة

معنى الصيغة :

الصيغة هى اللفظ الدال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبول (١) .

وقد اختلف العلماء فى تحديد معنى كل من الإيجاب والقبول على رأيين :

الرأى الأول : مايراه الحنفية ، وهو أن الإيجاب هو الصيغة التى تصلح لإفادة العقد مع كونها أولا ، والقبول هو الصيغة التى تصلح لإفادة العقد مع كونها ثانيا(٢) .

فإذا قال ولى المرأة للزوج زوجتك ابنتى فلانة ، فان هذا عندهم إيجاب ، فإذا قال الزوج قبلت كان هذا هو القبول .

وإذا حدث العكس بأن قال الزوج زوجنى بنتك فلانة فقال الولى زوجتكها فإن الايجاب هو ما قاله الزوج والقبول هو ما قاله الولى .

الرأى الثانى : مايراه جمهور العلماء . وهو أن الإيجاب هو الصيغة التى تدل على التمليك حتى ولو صدرت ثانيا . والقبول مادل على التملك حتى ولو صدرت أولا (٣) .

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠١ (٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤

(٣) تحفة المحتاج لأحمد بن حجر الهيتمى ج ٢ ص ٢ و ٣ والشرح الكبير لأحمد الدردير ، وحاشية محمد عرفة الدسوقى عليه ج ٣ ص ٢ و ٣ وشرح المنهج لزكريا الأنصارى ج ٢ ص ٦ – ٨ ، والإقناع لموسى الحجاوى المقدسى ج ٣ ص ١٦٧ وكشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتى ج ٢ ص ٣ والروض المربع شرح زاد المستنقع لمنصور ابن يونس البهوتى ج ٣ ص ٦٧

فالجمهور يجعل الإيجاب خاصا بالصدور عن عاقد معين بالذات ، والقبول خاصا بالعاقد الآخر ، من غير اعتبار لكون الصدور قد حصل أولا أو ثانيا .

وأما الحنفية فيجعلون كون هذه الصيغة الصادرة عن أحد المتعاقدين تسمى إيجابا أو قبولا متوقفا على التقدم والتأخر ، فما صدر أولا فهو الإيجاب بصرف النظر عمن صدر عنه ، وما صدر ثانيا فهو قبول كذلك .

وعلى الرغم من أن هذه تسمية اصطلاحية ، إلا أننا نميل إلى ما يراه الحنفية فى أن ماصدر أولا هو الإيجاب وما صدر ثانيا هو القبول ، لأن تسمية أية صيغة قبولا تشعر بأن شيئاً قد تقدمها حتى سميت قبولا ، وإلا فكيف يمكن أن تسمى صيغة قبولا فى الوقت الذى لم يتقدم عليها شىء يرد عليه هذا القبول[1] ،

وينبغى أن يلاحظ أنه ليس بلازم - كما بينا - تقدم لفظ الولى على لفظ الزوج ، بل يصح سواء أكان المتقدم هو لفظ الولى أم كان لفظ الزوج ، وسواء أكان لفظ الزوج المتقدم على لفظ الولى هو قوله : قبلت أم غير ذلك من الألفاظ المعتد بها فى صيغة عقد النكاح ، وذلك كأن يقول الزوج زوجنى ابنتك أو تزوجت ابنتك أو أنكحتها فيقول الولى : زوجتك أو نحو ذلك . وذلك لأن المقصود يحصل أيضا بتقدم لفظ الزوج على لفظ الولى خلافا للحنابلة الذين قالوا بعدم الصحة فى ذلك[2] .

كما ينبغى أيضا أن يلاحظ أنه لا يشترط أن يتوافق الولى والزوج فى اللفظ ، وعلى ذلك فإنه يصح أن يقول الولى : زوجتك موليتى فلانة فيقول الزوج قبلت نكاحها[3] .

ووجود الإيجاب والقبول فى النكاح متفق على اعتباره بين العلماء . وذلك

---

(١) المدخل للفقه الإسلامى ، للأستاذ عيسوى أحمد ص ٣٨٢

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ والمغنى ج ٧ ص ٤٣٠ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٠

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٣٩

لأن النكاح عقد كسائر العقود ، وكل عقد لا بد فيه من الإيجاب والقبول(١) ، وقد بين العلماء أن تسمية المهر إذا اتصلت بالإيجاب كانت من تمام الإيجاب كما إذا قال الولى : زوجتك ابنتى فلانة على صداق قدره مائتا جنيه مثلا فإن الإيجاب حينئذ يكون هو مجموع الألفاظ التى قالها الولى ، وعلى هذا فلو قال الولى هذه الجملة التى ذكرناها إلا أنه قبل أن يقول: على صداق قدره مائتا جنيه كان قد سبقه الخاطب وقال : قبلت زواجها فإن النكاح حينئذ لا ينعقد :

كما بينوا أنه لو اقترن باللفظ مايخرجه عن الإنشاء لفظا أو معنى أى عن إنشاء العقد لفظا ومعنى لم ينعقد العقد به، كما إذا قال أتزوجنى بنتك؟ أو زوجتنى بنتك ؟ بصيغة الاستفهام(٢) .

وبين جمهور العلماء أيضا أن الإيجاب أو القبول إذا صدر أى منهما عن الهازل فإنه يعتد به كما يعتد بهما من الجاد .

ومعنى الهازل : الشخص الذى يتكلم بالكلام من غير أن يقصد حقيقة هذا الكلام وما يوجبه ، بل ينطق به على طريق اللعب ، ونقيض الهازل الجاد ، وهو اسم فاعل من الجد بكسر الجيم ، والجد نقيض الهزل ، وهو مأخوذ من « جد فلان » إذا عظم واستغنى ، وصار ذا حظ ، والهزل مأخوذ من « هزل » إذا ضعف وضؤل . نزل الكلام الذى يراد معناه وحقيقته بمنزلة صاحب الحظ والبخت والغنى ، والكلام الذى لم يرد معناه وحقيقته بمنزلة الخالى من ذلك ، وذلك لأن قوام الكلام بمعناه وقوام الرجل بحظه وماله .

والقائلون بحصول النكاح والطلاق من الهازل استندوا إلى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد : الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذى ورواه أيضا أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من نكح لاعبا أو أعتق لاعبا جاز(٣)

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ ص١٢٩ (٢) حاشية القليوبى على شرح المحلى جـ٣ ص٢٣١

(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص ١٦١ وحاشية للشبراملسى جـ٥ ص ١٦١ والمغنى جـ٧ ص٤٢١ وفتح القدير جـ٢ ص٢٥١ وإعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ١٢٤ .

وحصول عقد الزواج بصيغة الهازل قال به جمهور العلماء ، وحكى عن الإمام أحمد ، وهو ما يراه أصحابه أيضاً ، وبه قالت طائفة من أصحاب الإمام الشافعى ، وحكى بعض العلماء عن الإمام الشافعى أنه نص على عدم صحة نكاح الهازل بخلاف طلاقه فصحيح ، وأما الإمام مالك فقد روى عنه روايتان فى هذه الناحية ، فمذهبه الذى رواه ابن القاسم عنه وعليه العمل عند أصحابه هو أن الهازل يلزمه النكاح وكذلك يلزمه الطلاق بخلاف عقد البيع فلا يلزمه، وروى عنه على بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز ، وبعض أصحاب مالك قالوا : إن قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ، ولا يلزمه شىء من المهر (١) .

وقد انتصر ابن القيم للرأى القائل بوقوع النكاح والطلاق من الهازل ، واعتمد زيادة على النصوص التى استدل بها القائلون بالوقوع على عدة أمور :

الأمر الأول :

أن الأحكام فى الشريعة الإسلامية مرتبة على الأسباب بترتيب الشارع سبحانه وتعالى لا بترتيب العاقد ، وإذا كانت مرتبة بترتيب الشارع لا بترتيب العاقد ، فإن العاقد إذا أتى بالسبب لزمه حكمه ، سواء أكان راضيا بهذا الحكم أم لا ، لأن الأحكام ليست متوقفة على اختيار الإنسان ، فالإنسان الذى يهزل فى كلامه قاصد لقوله مريد له فى الوقت الذى يعلم فيه بمعناه وما يجب به ، وإذا قصد الإنسان لفظا متضمنا للمعنى فإن هذا القصد للفظ هو قصد لهذا المعنى، لوجود التلازم بين اللفظ والمعنى، إلا إذا وجد قصد آخر معارض لهذا القصد فلا يترتب عليه أثره، وذلك كما فى حالة المكره فإن المكره قصد شيئاً آخر غير معنى القول الذى أكره على النطق به وما يجب بهذا القول ، فلم يقصد المكره إلا أن يدفع عن نفسه الأذى الذى يهدد به ، ولم يحصل منه قصد للسبب ابتداء

(١) إعلام الموقعين عن رب العلمين لمحمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية جـ ٣ ص ١٢٦ مطبعة السعادة .

وأما الهازل فإنه قصد السبب ولم يكن يقصد حكم هذا السبب ولا ما يتنافى مع حكمه ، فوجب أن يترتب على السبب أثره .

فإن اعترض معترض بأن هذا الكلام ينتقض باليمين اللغو لأن اليمين اللغو لا يترتب عليه حكم ، أجيب بأن الذى وقع منه اليمين اللغو لم يكن يقصد السبب وإنما جرى اليمين على لسانه بدون أن يحصل القصد ، فكان كلامه كالكلام إذا حصل من النائم والمجنون .

الأمر الثانى :

أن الهزل أمر باطنى لا يمكن أن يتعرف عليه إلا من الهازل نفسه ، فلا يكون قوله مقبولا فى إبطال حق العاقد الآخر .

الأمر الثالث :

أن الزواج والطلاق فيهما حق لله تعالى ، وذلك لأن الزواج يفيد أن ما كان حراما أصبح حلالا ، فالاستمتاع بالمرأة الأجنبية لا يجوز ، فإذا عقد العقد عليها حل له منها ما كان حراما عليه ، وكذلك يفيد حرمة ما كان حلالا له . فأخت الزوجة مثلا أصبحت محرمة عليه ما دامت أختها زوجة له وأم الزوجة أصبحت محرمة عليه ، وهكذا يؤدى الزواج إلى تحريم بعض ما كان حلالا ، والطلاق كذلك فيه حق لله تعالى ، فإنه يؤدى إلى تحريم الاستمتاع بالزوجة .

وإذا كان الزواج والطلاق فيهما حق لله تعالى كما بينا ، فانه لا يكون من حق الإنسان إذا تعاطى الأسباب التى توجب هـذه الأحكام أن لا يرتب على هذه الأسباب ما يجب بها من أحكام ، كما أنه ليس له ذلك فى كلمات الكفر إذا كان يهزل بها ، وذلك لأن الكلام المتضمن لحق من حقوق الله تبارك وتعالى لا يمكن أن يقوله العبد مع رفع حق الله فيه ، فان العبد لا يجوز له أن

يهزل مع ربه ولا يستهزىء بآياته ، ولا يتلاعب بحدوده ، وفى الحديث الشريف : « ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته » .

ويوضح هذا أيضاً أن عقد الزواج فيه شبه بالعبادات ، بل هو فى بعض الأحيان يكون فعله مقدما على النوافل من العبادات ، ولهذا فمن المستحب أن يعقد فى المساجد مع أن المساجد منهى عن البيع فيها ، والعلماء الذين يذهبون إلى اشتراط أن يكون عقد الزواج باللفظ العربى فلا يصح عقده بغير الألفاظ العربية ، راعوا فيه أنه يشبه العبادات فألحقوه بالأذكار المشروعة ، وهذا وما ماثله لا يجوز أن يهزل فيه الإنسان ، فاذا تكلم به رتب الشارع سبحانه وتعالى عليه حكمه حتى وإن لم يكن العبد قاصدا لهذا الحكم ، وذلك بحكم الولاية الحاصلة للشارع سبحانه على عبده ، فالمكلف قصد السبب والشارع سبحانه قصد الحكم المرتب على هذا السبب ، فصار السبب والحكم المرتب عليه مقصودين[١] .

اللفظ الذى ينعقد به النكاح :

لا خلاف بين العلماء فى أن النكاح ينعقد بلفظى الإنكاح والتزويج أو بلفظ مشتق منهما ، واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ ، وسنحكى خلاف العلماء فى هذا المجال محاولين أن نبين ما استند إليه كل رأى من آرائهم ، وما نوقش به من المخالفين ثم نرجح فى النهاية ما نراه راجحا فى هذه المسألة .

وإليك أولا بيان هذا الخلاف :

يرى فريق من العلماء أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ، ذهب إلى هذا الشافعية ، والحنابلة ، ومن المالكية ابن دينار وغيره ، وهو مروى عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعة[٢] .

---

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية ج ٢ ص ١٣٦

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٢٩

وأما المالكية فيرون أنه كما ينعقد النكاح بلفظى الإنكاح والتزويج ينعقد أيضاً بلفظ الهبة غير أنهم يختلفون فيه . فبعضهم يرى أنه لابد مع لفظ الهبة من ذكر لفظ الصداق بأن يقول مثلا : وهبت لك ابنتى فلانة على صداق قدره كذا ، وبعضهم يرى أن المطلوب مع لفظ الهبة ذكر الصداق حقيقة أو حكما، فذكر الصداق حقيقة كأن يقول مثلا وهبتها لك بصداق ، وأما ذكره حكما فكأن يقول: وهبتها لك تفويضا. والبعض منهم يرى أنه مهما ظهر قصد النكاح فهو كاف عن ذكر الصداق .

وقد تردد المالكية فى انعقاد النكاح بألفاظ : بعت، وملكت ، وأبحت، وأحللت ، وأطلقت لك التصرف فيها ، حالة كونها مقصوداً بها النكاح أو ذكر معها الصداق ، والرأى الراجح عندهم عدم انعقاد النكاح بواحد منها .

هذا إذا كان مقصودا بها النكاح، أو ذكر معها المهر كما قلنا، وأما إذا لم يقصد النكاح ولم يذكر المهر فإن النكاح لا ينعقد باتفاق الآراء عندهم .

كذلك لا ينعقد النكاح عند المالكية باتفاق بألفاظ : الوقف ، والحبس والعمرى ، والإجارة ، والرهن ، والعارية ، والوصية وغيرها مما لا يدل على تمليك الذات لأن كلا من الإجارة والعارية يقتضى التوقيت ، والرهن مجعول للتوثق ولعدم اللزوم فى الوصية[١] .

ويرى الحنفية أن النكاح كما ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج ينعقد أيضا بلفظ الهبة ، والصدقة ، والتمليك ويشاركهم فى رأيهم هذا الثورى والحسن بن صالح وأبو ثور وأبو عبيد وداود الظاهرى[٢] .

---

(١) شرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٣ ص ١٦٨ وحاشية محمد البنانى ج ٣ ص ٣ ص ١٦٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٩ وحاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٣١

وأما ابن حزم فيرى أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج والإنكاح والتمليك والإمكان ، ولا يرى جوازه بلفظ الهبة ولا بلفظ غير هذه الألفاظ المذكورة[١] .

هذا وإذا كان ثمة خلاف جانبي بين أصحاب المذهب الفقهي الواحد فى بعض الألفاظ هل ينعقد بها النكاح أو لا ينعقد ، كالخلاف الحاصل بين فقهاء الحنفية فى ألفاظ البيع والشراء والإجارة[٢] والخلاف الحاصل بين فقهاء المالكية فى لفظى الإحلال والإباحة[٣] فاننا لن نلتفت إلى هذه الخلافات الجانبية مكتفين بذكر استدلال القائلين بأن النكاح لا ينعقد إلا بلفظى الإنكاح والتزويج ، والقائلين بأنه ينعقد كذلك بألفاظ : الهبة والصدقة والتمليك ، وذكر استدلال ابن حزم الظاهرى ، وأما ماعدا ذلك من الخلاف الحاصل فى الفقه الحنفى والمالكى فلن نتعرض له .

وإليك مستند كل رأى من الآراء التى أشرنا لك إليها .

أولا : دليل الشافعية ومن معهم

هناك عدة أدلة للفريق الأول القائل بأن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ومن هذه الأدلة ما يأتى :

أولا : ما رواه مسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله[٤] واستحللتم فروجهن بكلمة الله » قالوا : إن كلمة الله هى التى وردت فى كتابه سبحانه وما ورد فى كتاب الله تعالى هو لفظ الإنكاح والتزويج مثل قوله تبارك وتعالى : « فانكحوا ما طاب لكم

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٤ طبع المطبعة المنيرية (٢) فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٤ و ٣٤٩
(٣) فتح البارى ج ٩ ص ١٦٩ وشرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٣ ص ٢٦٩
(٤) بأمانة الله أى بجعلهن تحت أيديكم كالأمانات الشرعية .

من النساء ، وقوله سبحانه : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله عز وجل : « فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها » ، ولم يرد فى القرآن الكريم سوى هذين اللفظين فيجب الاقتصار عليهما تعبداو احتياطا فى هذا الأمر، لأن فى النكاح نوعا من التعبد لورود أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تدل على ندبه(١) .

ثانيا : لو كان النكاح ينعقد بغير لفظى الإنكاح والتزويج مثل التمليك مثلا ، فإما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز ، ولاسبيل إلى واحد منهما .

فأما بيان أنه لاسبيل إلى انعقاده به من حيث إنه حقيقة. فإنه لو كان حقيقة لكان التمليك والتزويج مترادفين(٢) والواقع أنهما غير مترادفين، لأن التمليك يوجد بغير نكاح .

وأما بيان أنه لاسبيل إلى انعقاده به من حيث إنه مجاز فإنه لاتوجد مناسبة بينهما حتى يمكن أن يلجأ إلى المجاز وذلك لأن التزويج فى اللغة هو التلفيق ، يقال : لفقت بين الثوبين ولفقت أحدهما بالآخر ، أى لاءمت بينهما بالخياطة ، والنكاح فى اللغة موضوع للضم ولايوجد ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا(٣) .

ثالثا : أن النكاح كما خص باشتراط الشهادة فيه إظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ، ولهذا لم يرد غير هذين اللفظين فى الشرع(٤) .

رابعا : الازدواج هو الحكم الأصلى للنكاح ، والملك فى النكاح ليس

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٠

(٢) الترادف هو ما اتحد معناه وتعدد لفظه كإنسان وبشر ، وليث وأسد .

(٣) شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتى ج ٢ ص ٣٤٦ و ٣٤٧ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧

(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧

إلا وسيلة إلى هذا الازدواج ، فالواجب أن يختص النكاح بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ الإنكاح والتزويج[١] .

خامسا : ماعدا لفظى الإنكاح والتزويج ليس صريحا فى النكاح فلا ينعقد به ، وذلك لأن الشهادة لابد منها فى النكاح ، والكنايات إنما تعلم بالنية ولا يمكن للشاهدين أن يطلعا على النية ، ومن هذه الناحية فارق النكاح سائر العقود الأخرى ومنها الطلاق[٢]

سادسا : ألفاظ الهبة والصدقة والتمليك ينعقد بها غير النكاح ، فلا ينعقد النكاح بهذه الألفاظ كألفاظ الإجارة والإباحة والإحلال[٣] .

ثانيا : دليل الحنفية ومن معهم

يستدل للحنفية ومن معهم على ماراوه من انعقاد النكاح بغير لفظى الإنكاح والتزويج من ألفاظ : الهبة ، والصدقة . والتمليك بأدلة منها :

أولا : لفظ الهبة قد انعقد به نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بدليل قوله تعالى : « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وماملكت يمينك مما أفاء الله عليك ، وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك ، وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ، قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وماملكت أيمانهم ، لكيلا يكون عليك حرج وكان الله غفورا رحيما »[٤] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٠

(٢ و ٣) المغنى ج ٧ ص ٤٢٩

(٤) سورة الأحزاب آية ٥٠

فالله تبارك وتعالى قد أخبر أن المرأة المؤمنة التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه إياها حلال له ، وإذا كان ذلك مشروعا فى حق النبى صلى الله عليه وسلم فإنه يكون كذلك مشروعا فى حق أمته ، لأن الأصل فى الأحكام أن تكون عامة للنبى صلى الله عليه وسلم ولجميع أفراد أمته حتى يقوم الدليل على تخصيص النبى صلى الله عليه وسلم بحكم من الأحكام[١] .

ثانيا : احتجوا أيضاً[٢] بما روى أنه جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله جئت أهب لك نفسى ، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه ، ثم طأطأ رسول الله رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست ، فقام رجل من الصحابة فقال : يارسول الله إن لم تكن لك بها حاجة فزوجنيها ، قال : هل عندك من شيء ؟ فقال لا والله يارسول الله ، قال: اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئا ؟ فذهب ثم رجع فقال: لا والله ماوجدت شيئاً : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظر ولو خاتما من حديد . فذهب ثم رجع فقال : لا والله يارسول الله ولا خاتما من حديد ولكن هذا إزارى فلها نصفه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماتصنع بإزارك ؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء ، فجلس الرجل حتى إذا طال مجلسه قام ، فرآه رسول الله صلى الله عليه وسلم موليا فأمر به فدعى له ، فلما جاء قال : ماذا معك من القرآن ؟ قال معى سورة كذا وسورة كذا ، عددها ، فقال : تقرؤهن عن ظهر قلبك؟ قال نعم قال : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن، متفق عليه ، واللفظ لمسلم[٣] .

ثالثا : لما كان الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة والكنايات مع القصد

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣ (٢) المغنى ج ٢ ص ٤٢٩

(٣) سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الكحلانى الصنعانى شرح بلوغ المرام لابن حجر ج ٣ ص ١١٤ .

فكذلك النكاح ينعقد بالصريح كلفظ الإنكاح أو التزويج، والكنايات كلفظ الهبة، مادام قصد به النكاح قياسا على الطلاق(١):

رابعا: أن انعقاد النكاح بأحد لفظى الإنكاح والتزويج إنما جاء من ناحية أن لفظ الإنكاح والتزويج موضوع لحكم أصل النكاح شرعا وهو الازدواج، وكل من لفظى الإنكاح والتزويج لم يشرع مستقلا عن إثبات الملك فى النكاح، بل الملك لازم له.

فإذا جىء بلفظ الإنكاح أو التزويج ثبت الازدواج بهذا اللفظ وثبت معه الملك الذى يلازمه ولا ينفك عنه فى النكاح.

وكما أن كلا من لفظى الإنكاح والتزويج موضوع للازدواج الذى هو حكم أصل النكاح شرعا، فإن لفظ التمليك أيضاً موضوع لحكم آخر أصلى للنكاح وهو الملك، والملك فى النكاح ليس مشروعا بدون الازدواج، فهما متلازمان شرعا كما قلنا.

وعلى هذا فإنه إذا جىء فى النكاح بلفظ التمليك وجب أن يثبت به الملك، ويثبت كذلك الازدواج الذى يلازمه شرعا. استدلالا لأحد اللفظين بالآخر، لأنهما كما قلنا حكمان متلازمان ولم يشرع أحدهما مستقلا عن الآخر، فإذا كان أحدهما ثابتا لزم أن يكون الآخر ثابتا معه. والرضا بأحدهما رضا بالآخر(٢).

ثالثا: دليل ابن حزم

استدل ابن حزم على دعواه من أنه لا يجوز انعقاد النكاح إلا بألفاظ الزواج والإنكاح والتمليك والإمكان بأدلة من القرآن والسنة.

فأما القرآن فبقوله تعالى: «فانكحوا ماطاب لكم من النساء»، وقوله

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٣٠

سبحانه : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ، وقوله عز وجل : « فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها » .

فقد أفادت هذه الآيات الكريمة انعقاد النكاح بلفظى الإنكاح والتزويج .

وأما السنة فقد ذكر ابن حزم عدة روايات صحيحة لحديث المرأة التى أرادت أن تهب نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم ، وقد اختلفت هذه الروايات فى حكاية اللفظ الذى نطق به النبى صلى الله عليه وسلم وخاطب به الرجل الذى أراد أن يتزوجها ، ففى بعضها أنه قال : «قد أنكحناكها بما معك من القرآن» وفى بعضها « قد ملكتكها بما معك من القرآن » ، وفى بعضها « قد أنكحتكها » وبعضها بلفظ « فقد زوجتكها فعلمها من القرآن » .

وأخذ ابن حزم من هذه الروايات التى اختلفت فيها الألفاظ المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد قال هذه الألفاظ جميعا ليعلمنا الألفاظ التى ينعقد بها النكاح ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان — كما روى أنس بن مالك — إذا تكلم بالكلمة أعادها ثلاثا حتى تفهم عنه(١) .

مناقشة الأدلة

أولا : مناقشة أدلة الشافعية ومن معهم :

أولا : أما الحديث الذى استدلوا به وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم « اتقوا الله فى النساء» الحديث. فإن المخالفين قالوا : إننا نقول بموجب هذا الحديث الشريف . ولكن لم قلتم إن استحلال الفروج بهذه الألفاظ استحلال بغير كلمة الله؟ إنه يجب الرجوع إلى تفسير الكلمة المذكورة فى الحديث ، وإذا مارجعنا إلى تفسيرها نجد أن كلمة الله عز وجل تحتمل حكم الله سبحانه كما فى قول الله تبارك

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٦٠ و ٤٦٥

وتعالى « ولولا كلمة سبقت من ربك » وإذا ما كانت كلمة الله عز وجل تحتمل أن يكون معناها حكم الله عز وجل فنحن نقول : إن النكاح بهذه الألفاظ هو حكم الله سبحانه وتعالى ، والدليل على ذلك هو ماذكرناه من أدلة(١) .

ثانيا : وأما الدليل الثانى فقد رد عليه الحنفية بأن الانعقاد بطريق المجاز ، والمناسبة بين المعنى الحقيقى والمعنى المجازى موجودة ، لأن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة(٢) ، لإفضائه إليه .

وملك المتعة هو الثابت بالنكاح .

والسببية هى إحدى الطرق المعتبرة للمجاز .

اعتراض : اعترض أصحاب الرأى الآخر على هذا بأننا نجد النكاح يفسد إذا حصل ملك أحد الزوجين للآخر ، فإن العبد لا يصح له أن يتزوج سيدته ، ولا يصح للسيد أن يتزوج جاريته(٣) وإذا ما علم ذلك فكيف يمكن أن يثبت النكاح بالملك ؟(٤)

جواب الاعتراض :

أجاب الحنفية عن هذا الاعتراض بأن النكاح يفسد بملك أحد الزوجين الآخر لا من حيث إن الوطء محرم لا محالة ، بل من حيث إنه سيبطل الحقوق التى يملكها أحد الزوجين على الآخر . للزوم المنافاة بين كون أحد الزوجين

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣

(٢) أتوا بقيد « إذا صادفت محل المتعة » للاحتراز عن تمليك الغلمان ، والبهائم ، والأخت من الرضاع ، والأمة المجوسية ، فإن كل من ذكرنا ليس محلا لملك المتعة ، بمعنى أنه إذا ملكها الرجل لا يحل له أن يتمتع بواحد منها ، شرح العناية ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلى ج ٣ ص ١٢٩ .

(٤) شرح العناية ج ٢ ص ٣٤٨ .

مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا — بحكم الزوجية القائمة بينهما — لبعض أمور يملكها الأول على ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة .

بيان ذلك أن كلا من الزوجين يملك على الآخر حقوقا تقتضى مالكيته عليه ، فإن الزوج يملك على زوجته حقوقا تقتضى مالكيته على زوجته كحق تمكينه من الاتصال الجنسى بها، ومقدمات هذا الاتصال المباحة شرعا، وكمنعها من الخروج من المنزل إلا بإذنه . والزوجة كذلك تملك على زوجها حقوقا تقتضى مالكيتها عليه . وذلك مثل ما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى والقسم إذا كان متزوجا من غيرها، ومنعه من العزل إلا بإذنها، وغير ذلك من القيام بمصالحها التى تقتضيها الزوجية .

وإذا ما علم ذلك فإنه لو كان أحد الزوجين مالكا للآخر بملك اليمين فإنه حينئذ يكون مالكا له كله ، فلا يتصور أن يملك المملوك بملك اليمين على الآخر — بمقتضى الزوجية — حقوقا تقتضى مالكيته عليه .

فمثلا إذا كانت سعاد جارية يملكها محمود فهو مالك لها كلها، فاذا ما تصورنا أنها زوجة له فإن لها — باعتبارها زوجة — من الحقوق المشار إليها آنفا ما يقتضى مالكيتها عليه ، وهنا يحصل التنافى ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الزوجة لو كان زوجها عبدا هى مالكته .

ففساد النكاح إذن جاء من الناحية التى بيناها لا لعدم الضم والازدواج(١)

ثالثا : وأما الدليل الثالث للشافعية ومن معهم وهو أن النكاح كما خص باشتراط الشهادة إظهارا لخطره خص بلفظى الإنكاح والتزويج ، ولهذا لم يرد غير هذين اللفظين شرعا ، فقد أجاب الحنفية بمنع ذلك ، وقالوا ، ورد النكاح بلفظ الهبة فلم يختص النكاح بلفظى الإنكاح والتزويج والدليل على ذلك آية : « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك » كما هو مفصل فى الدليل الأول للحنفية ومن معهم .

---

(١) فتح القدير جـ٢ ص٣٤٧ و٣٨١ وشرح العناية على الهداية جـ٢ ص٣٤٨ و٣٧١

وقد رد الشافعية على هذا بأنه قد قام دليل على تخصيص ذلك بالنبى صلى الله عليه وسلم وهو قوله تعالى « خالصة لك من دون المؤمنين » فإن هذا صريح وواضح فى تخصيص لفظ الهبة بالنبي عليه الصلاة والسلام دون سائر أمته(١)

وأجاب الحنفية بأن المراد خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر ، فالخلوص يرجع إلى عدم المهر لا إلى لفظ الهبة . والدليل على أن الخلوص يرجع إلى عدم المهر من عدة أمور :

الأمر الأول : وقوعه فى مقابلة اللائى أوتين أجورهن أى مهورهن ، والمعنى إنا أحللنا لك الأزواج المؤتى أجورهن والتى وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهراً ، خالصة لك هذه الخصلة دون سائر المؤمنين ، وأما باقى المؤمنين فقد علمنا ما فرضناه عليهم فى أزواجهم من المهر والنفقة وسائر ما يجب على الأزواج لزوجاتهم(٢) .

الأمر الثانى : أن الله تبارك وتعالى قال : « لكيلا يكون عليك حرج » ومن المعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يلحقه حرج فى التعبير بلفظ دون لفظ فلا يتصور أن يكون الحرج فى التعبير بلفظ الإنكاح أو التزويج ، وعدم الحرج فى افظ الهبة وإنما المتصور كون الحرج فى دفع المهر .

الأمر الثالث : أن هذا خرج مخرج الامتنان من الله تبارك وتعالى على الرسول صلى الله عليه وسلم ، والامتنان عليه صلى الله عليه وسلم لا يكون بلفظ الهبة وإنما يكون الامتنان فى إباحة تزويجه بلا مهر(٣) .

رابعا : وأما ما استدل به الشافعية من أن النكاح لابد فيه من الشهود والكنايات إنما تعلم بالنية ولا اطلاع للشهود على النية ، فإن الحنفية ردوا على هذا بأنه إذا لم يدل الحال على إرادة النكاح من هذه الألفاظ فلابد مع النية من إعلام الشهود بعقد النكاح(٤) .

---

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص ١٦٣
(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٧
(٣) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٣٠
(٤) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٤٨

ثانيا : مناقشة أدلة الحنفية ومن معهم :

أولا : أما ما استدلوا به من حديث المرأة التى أرادت أن تهب نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم ، فلا يسلم لهم هذا الاستدلال ، وذلك لأن هذا الحديث الشريف قد روى بروايات متعددة واختلفت الألفاظ فيه . فروى بالتمليك وبالتزويج وبالإنكاح وبالإمكان .

ففى رواية الثورى ومعمر عند الطبرانى «قد ملكتكها بما معك من القرآن» وكذا فى رواية يعقوب وابن أبى حازم وابن جريج وحماد بن زيد فى إحدى الروايتين عنه ، وفى رواية معمر عند أحمد « قد أملكتكها » .

وقد جاء فى رواية مالك « قد زوجتكها بما معك من القرآن » ومثله فى رواية الدراوردى عند إسحاق بن راهويه، وكذا فى رواية فضيل بن سليمان، ومبشر، وفى رواية الثورى عند ابن ماجه « قد زوجتها على ما معك من القرآن » .

ومثله فى رواية هشام بن سعد :

وفى رواية الثورى عند الاسماعيلى « أنكحتكها بما معك من القرآن » وفى حديث ابن مسعود « قد أنكحتكها على أن تقرئها وتعلمها » .

وفى روايه أبى غسان « أمكناكها » .

وإذا كان هذا الحديث الشريف قد روى بروايات متعددة وبألفاظ مختلفة . فلابد حينئذ أن نلجأ إلى الترجيح ، ورواية التزويج هى أرجح الروايات ، وفى هذا يقول ابن دقيق العيد : « هذه لفظة واحدة فى قصة واحدة واختلف فيها مع اتحاد مخرج الحديث ، فالظاهر أن الواقع من النبى صلى الله عليه وسلم أحد الألفاظ المذكورة ، فالصواب فى مثل هذا النظر إلى الترجيح ، وقد نقل عن الدار قطنى أن الصواب رواية من روى زوجتكها وأنهم أكثر وأحفظ .

ويقول العلائى : من المعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقل هذه

الألفاظ كلها تلك الساعة ، فلم يبق إلا أن يكون قال لفظة منها وعبر عنه بقية الرواة بالمعنى ، فمن قال بأن النكاح ينعقد بلفظ التمليك ثم احتج بمجيئه فى هذا الحديث إذا عورض ببقية الألفاظ لم ينتهض احتجاجه ، فإن جزم أنه هو الذى تلفظ به النبى صلى الله عليه وسلم ومن قال غيره ذكره بالمعنى ، قلبه عليه مخالفه وادعى ضد دعواه ، فلم يبق إلا الترجيح بأمر خارجى ، ولكن القلب إلى ترجيح رواية التزويج أميل لكونها رواية الأكثرين ، ولقرينة قول الرجل الخاطب زوجنيها يارسول الله » .

ويقول العلامة ابن حجر العسقلانى : « إن الذين رووه بلفظ التزويج أكثر عددا ممن رواه بغير لفظ التزويج ولاسيما وفيهم من الحفاظ مثل مالك » .

ويقول البغوى : « لاحجة فى هذا الحديث لمن أجاز انعقاد النكاح بلفظ التمليك ، لأن العقد كان واحدا فلم يكن اللفظ إلا واحدا ، واختلف الرواة فى اللفظ الواقع ، والذى يظهر أنه كان بلفظ التزويج على وفق قول الخاطب زوجنيها ، إذ هو الغالب فى أمر العقود إذ قلما يختلف فيه لفظ المتعاقدين ، ومن روى بلفظ غير التزويج لم يقصد مراعاة اللفظ الذى انعقد به العقد ، وإنما أراد الخبر عن جريان العقد على تعليم القرآن ، وقيل إن بعضهم رواه بلفظ الإمكان ، وقد اتفقوا على أن العقد بهذا اللفظ لا يصح . قال ابن حجر بعد أن نقل قول البغوى : « وماذكر كاف فى دفع احتجاج المخالف بانعقاد النكاح بالتمليك ونحوه[1] » .

ثانيا : وأما ما استدلوا به من قياس النكاح على الطلاق فى كون الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة والكنايات إذا قصدها ، فإن المخالفين منعوا القياس محتجين بأن فى النكاح ضربا من التعبد لورود الأحاديث الدالة على استحبابه[2] .

---

(١) انظر الكلام عن هذا بإفاضة وأقوال العلماء التى ذكرناها هنا فى فتح البارى ج ٩ ص ١٦٥ — ١٧١ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٦٢ .

ثالثاً : مناقشة دليل ابن حزم :

يجاب على استدلاله بالألفاظ المختلفة المروية بروايات متعددة عن النبى صلى الله عليه وسلم، فى حديث المرأة التى أرادت أن تهب نفسها للنبى عليه الصلاة والسلام . بما أجيب به على الاستدلال بهذا الحديث قبلا عند مناقشة أدلة الحنفية ومن معهم .

ويرى الرملى زيادة على ذلك أنه على فرض تسليم أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد جمع بين لفظى التزويج والتمليك . فإن هـذا يحتمل أن يـكون إشارة إلى قوة حق الزوج وأنه كالمالك ، لا لجواز أن النـكاح ينعقد بلفظ التمليك(١) .

الرأى المختار

والآن وبعد هذه المناقشة فإنه يبدو لنا أن رأى الشافعية ومن معهم هـو الراجح من هذين الرأيين وذلك استنادا إلى أمرين :

أولهما : الاحتياط الواجب فى هذا الأمر الخطير ، لأن الأبضاع ليست كالسلع التى تباع وتشترى وتؤجر ، والتشديد فى أمرها معروف فلا بد أن يقتصر على لفظى الإنـكاح والتزويج احتياطا فيه .

ثانيهما : أن فى النـكاح نوعا من التعبد ، إذ قد وردت فيه الأحاديث الدالة على استحبابه كما نبه على ذلك الشافعية فى استدلالهم ، وهذا ما يوجب الاقتصار على الألفاظ الواردة فيه .

وعلى هذا فلا يصح أن ينعقد النـكاح إلا بأحد لفظى الإنـكاح والتزيج والله أعلم .

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣

شروط الصيغة

قبل الكلام عن الشروط التى اشترطها الفقهاء فى صيغة عقد الزواج نحب أن نشير إلى أن الفقهاء قد بينوا أن الشروط المطلوبة فى صيغة عقد الزواج هى نفس الشروط المطلوبة فى صيغة عقد البيع(١) ولهذا سنحاول أن نرجع إلى الشروط التى لا بد من توافرها فى هذين العقدين، وإليك بيان الشروط فى صيغة عقد الزواج :

أولا : أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، والفصل الطويل هو مايشعر بإعراض عن القبول ، أما الفصل اليسير فلا يضر(٢) .

ثانيا : أن لا يتخلل كلام أجنبى بين الإيجاب والقبول .

ثالثا : أن يكون القبول على وفق الإيجاب ، وعلى هذا فإذا قال الولى زوجتك ابنتى سعاد فقال الخاطب قبلت زواج ابنتك فاطمة لم ينعقد العقد(٣) .

رابعاً : أن تبقى أهلية كل من المتعاقدين إلى أن تتم الصيغة ، وعلى هذا فإذا قال الولى : زوجتك ابنتى فلانة ، ثم أصابه الجنون أو الإغماء امتنع القبول(٤) .

خامساً : وجود دليل يدل على الزوجة ، كاسمها أو ضمير يعود عليها أو إشارة إليها ، كأن يقول ولى المرأة مثلا : زوجتك أو أنكحتك ابنتى فلانة فيقول الزوج : تزوجتها أو نكحتها أو قبلت نكاحها أو قبلت تزويجها(٥) .

---

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٨٧٦ والمنهج للشيخ زكريا الأنصارى ص ٧٩

(٢) المجموع للامام النووى شرح المهذب للشيرازى ج ٩ ص ١٧٩

(٣) شرح المحلى على المنهاج ج ٢ ص ١٤٤

(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٠ والمغنى ج ٧ ص ٤٣٢ والمجموع للنووى ج ٩ ص ١٧٩

(٥) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١

سادسا : عدم التعليق وعلى هذا لا ينعقد الزواج إذا قال الولى مثلا : إذا طلعت الشمس فقد زوجتك ابنتى فلانة . وذلك قياسا على البيع ونحوه من سائر المعاوضات ، بل النكاح أولى لزيادة اختصاصه بالاحتياط .

وإذا قال الولى : زوجتك ابنتى فلانة إن شاء الله ، وكان يقصد التعليق أو أطلق، فلم يقصد شيئاً ، فإن العقد لا يكون صحيحاً ، وأما إذا كان يريد بلفظ إن شاء الله التبرك بذكره سبحانه ، أو كان يقصد أن كل ما يحدث إنما هو بمشيئته عز وجل فإن العقد حينئذ يكون صحيحا .

ويرى البلقينى أحد علماء الشافعية أن التعليق يمنع من صحة عقد النكاح إذا لم يكن مقتضى الإطلاق فى الصيغة ، أما إذا كان التعليق هو مقتضى الإطلاق انعقد النكاح فى رأيه كما لو كان للولى بنت غائبة وتحدث الناس بمرضها أو بموتها أو قتلها ، ولم تقم الدلائل على صحة ذلك فقال الولى : زوجتك ابنتى فلانة إن كانت حية[١] .

سابعاً : عدم التأقيت فلو قال : زوجنى بنتك فلانة إلى شهر ، أو إلى أن يجىء خالد من سفره لا يصح[٢] وذلك لأنه ثبت النهى من النبى صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة .

وأمة محمد صلى الله عليه وسلم كلها مجمعة على نسخ جواز نكاح المتعة ، وشذت الإمامية من فرق الشيعة على هذا الإجماع .

ومعنى المتعة — كما بينتها كتب الإمامية — الزواج المؤقت بأمد معلوم أو أمد مجهول ، وأقصى مدة له خمسة وأربعون يوماً ، وسمى نكاح المتعة لأن المقصود منه مجرد التمتع لمدة معينة .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤١ و ١٤٢ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٤ .

(٢) شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٣١ وحاشية القليوبى ج ٣ ص ٢٣٢ وحاشية الباجورى على الشرح ابن قاسم ج ١ ص ٧٨

وينتهى زواج المتعة عندهم بانتهاء المدة التى اتفق عليها إذا كانت المرأة قد انقطع حيضها ، ولا تحتاج إلى أمر آخر حتى تنتهى الصلة التى كانت بينها وبين زوجها ، وأما إذا كانت ممن يحضن ، فإن الزواج لا يرتفع إلا إذا حاضت حيضتين بعد انتهاء الوقت المحدد للزواج .

وأما إذا توفى الزوج فإن الزواج يرتفع بعد عدة أربعة أشهر وعشر ، وهم يرون أن المرأة لا يحق لها مهر إلا ما اشترط فى العقد ، ولا تثبت لها نفقة ولا يتوارث الزوجان إلا إذا شرط الميراث فإنه يلزم ، وليس عليها عدة إلا الاستبراء بما أشرنا إليه سابقاً(١) .

والباحث فى هذا الموضوع يجد أن المتعة كانت رخصة للمسلمين ثم نسخ حكمها وأصبحت محرمة إلى يوم القيامة ، وأن القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع العلماء والدليل العقلى ، كلها قد دلت على عدم صحة الزواج المؤقت الآن ، وهو زواج المتعة .

وسنذكر أولا ما يدل من الكتاب الكريم على تحريم الزواج المؤقت ، ثم نتبع ذلك بذكر الأحاديث التى تثبت أن المتعة كانت رخصة للمسلمين ثم نسخت ، ثم نذكر بعد ذلك الدليل العقلى على عدم صحة الزواج المؤقت الآن .

فأما القرآن الكريم فنجد فيه قول الحق تبارك وتعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » فمى هذه الآية الكريمة حرم الله سبحانه العمل الجنسى إلا إذا كان بأحد شيئين : النكاح . وملك اليمين ، والمتعة ليست نكاحاً ولا ملك يمين فيبقى التحريم فى شأنها .

والدليل على أن المتعة ليست نكاحا أنها ترتفع من غير طلاق ، ولا يجرى التوارث بين الرجل والمرأة فيها ، فدل هذا على أن المتعة ليست نكاحاً ، فلا تكون المرأة بالمتعة زوجة له .

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٥ والمختصر النافع فى فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلى ص ١٨٢ مطبعة دار الكتاب العربى بمصر .

ونجد فى آخر هذه الآية الكريمة قول الله سبحانه : « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » فقد سمى الذى يبتغى ما وراء ذلك عادياً ، فدل هذا على أن الاتصال الجنسى بدون هذين الشيئين حرام (١) .

وأما السنة النبوية ففيها ما يبين كما قلنا أن المتعة كانت رخصة للمسلمين فى وقت من الأوقات ، ثم نسخ حكمها وأصبحت محرمة إلى يوم القيامة .

وكان هذا الزواج لا يحتاج إلى ولى ولا شهود ، روى مسلم بإسناده عن عبد الله بن مسعود قال : « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لنا نساء ، فقلنا ألا نستخصى؟ فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل » (٢) .

وعن سبرة الجهنى قال : (٣) « أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة ، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بنى عامر ، كأنها بكرة عيطاء (٤) فعرضنا عليها أنفسنا ، فقالت : ما تعطى ؟ فقلت : ردائى ، وقال صاحبى ردائى وكان رداء صاحبى أجود من ردائى ، وكنت أشب منه ، فإذا نظرت إلى رداء صاحبى أعجبها ، وإذا نظرت إلى أعجبتها ، ثم قالت : أنت ورداؤك يكفينى ، فمكثت معها ثلاثاً ، ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كان عنده شىء من هذه النساء التى يتمتع فليخل سبيلها » .

وروى عن سبرة الجهنى أيضاً أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا أيها الناس ، إنى قد كنت أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وإن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٩ ص ١٨٢ المطبعة المصرية .

(٣) المصدر السابق ج ٩ ص ١٨٤

(٤) البكرة : الفتية من الإبل ، أى الشابة القوية ، والعيطاء بفتح العين وإسكان الياء هى الطويلة العنق فى اعتدال وحسن قوام .

الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً »(١) .

ومن هذا تتبين أن الحكم بالإباحة قد نسخ فأصبحت محرمة إلى يوم القيامة ، وإن كان العلماء قد اختلفوا فى الدليل الذى نسخ المتعة ، فمن العلماء من يرى أن النسخ إنما تم بالنهى من رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة ، وقد أوردنا بعضاً من أحاديث النهى عنها فيما سبق ، ومن العلماء من يرى أن نسخ المتعة إنما تم بالآية الكريمة التى بينت إرث الزوجين ، وذلك لأن نكاح المتعة لا توارث فيه بين الزوجين ، قال هذا البعض : لما ثبت الإرث بسبب النكاح علم أن نكاح المتعة منسوخ لأنه لا إرث فيه ، ومن العلماء من يرى أن النسخ إنما كان بآية الطلاق و الميراث والعدة (٢) .

فالعلماء إذن مجمعون على أن نكاح المتعة قد نسخ .

ما عدا الإمامية وسنتكلم قريباً عما يستندون إليه ونبين ضعف استدلالهم .

وأما الدليل العقلى على أن الزواج المؤقت لا يصح ، فهو أن النكاح له مقاصد وأغراض هو وسيلة إلى تحقيقها والشهوة أمر عرضى ، ومن المعلوم أن المتعة لا تكون وسيلة إلى تحقيق هذه المقاصد والأغراض فلا تكون مشروعة (٣) .

ويمكن أن يرد سؤال هنا ، وهو كيف يمكن التسليم بأن المتعة نسخ حكم جوازها وأصبحت محرمة مع أن بعض الروايات يفيد أن بعض المسلمين كانوا يفعلون زواج المتعة بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عهد أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، مثل ما رواه مسلم بسنده عن جابر بن عبد الله قال :

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٩ ص ١٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع حـ ٢ ص ٢٧٣ .

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٣١٨

« كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، حتى نهى عنه عمر فى شأن عمرو بن حريث »[١] .

والجواب عن هذا أن الحكم قد يخفى على بعض الصحابة . فقد يعلم الحكم الشرعى أناس ولا يعلم به آخرون ، ولهذا نجد عمر بن الخطاب رضى الله عنه يصرح بالنهى عن ذلك ، ويسنده إلى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عند ما بلغه أن بعض الصحابة تمتع ، فالاحتجاج إنما هو فيما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وليس فيما فعله فرد أو أفراد من الصحابة[٢] . فقد أخرج ابن ماجة عن عمر بإسناد صحيح أنه خطب فقال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لنا فى المتعة ثلاثاً ثم حرمها ، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة »[٣] .

متى أبيحت المتعة ومتى حرمت ؟

اختلف العلماء فى الوقت الذى أبيحت فيه المتعة والوقت الذى حرمت فيه والرأى المختار أن تحريمها وإباحتها كانا مرتين ، كانت حلالا قبل يوم خيبر ، ثم حرمت يوم خيبر ، ثم أبيحت يوم فتح مكة وهو يوم أوطاس[٤] . لاتصالهما ، ثم حرمت يومئذ بعد ثلاثة أيام تحريماً مؤبداً إلى يوم القيامة[٥] .

ما يستند إليه الإمامية :

يستند الإمامية فى مذهبهم ببقاء حكم الإباحة فى زواج المتعة إلى عدة أمور :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وفى قراءة ابن مسعود : فما استمتعتم به منهن إلى أجل[٦] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ج٩ ص ١٨٤ .

(٢) السيل الجرار للشوكانى ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١٢٦

(٤) أوطاس: واد بديار هوازن كان فيه غزوة بعد الفتح .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٩ ص ١٨١ .

(٦) المتعة فى الإسلام للسيد حسين يوسف مكى العاملى ص ٥٤

والاستدلال بهذه الآية الكريمة من ثلاثة نواح :

الناحية الأولى : أن الآية ذكرت الاستمتاع في قوله تعالى : « فما استمتعتم » ولم تذكر النكاح ، والاستمتاع والتمتع بمعنى واحد .

والناحية الثانية : أن الله تبارك وتعالى أمر بإيتاء الأجر في قوله سبحانه « فآتوهن أجورهن » والإجارة في حقيقتها هي عقد على منفعة ، والمتعة كذلك عقد على منفعة ، فهي عقد على منفعة فرج المرأة .

والناحية الثالثة : أن الله تبارك وتعالى أمر بإيتاء النساء أجورهن بعد الاستمتاع بهن ، وهذا لا يكون في عقد النكاح ، وإنما يكون في عقد الإجارة والمتعة ، وذلك لأن الذي يوجب المهر في عقد النكاح هو نفس العقد ولا يتوقف على الاستمتاع بالزوجة ، فبمجرد حصول عقد النكاح يجب المهر على الزوج فيؤخذ الزوج بالمهر أولا ، ثم يمكن من الاستمتاع بالزوجة(١) .

هذه هي نواحي استدلالهم بالآية الكريمة ، والجواب : أن هذه الآية في النكاح وليست في المتعة ، فمعنى قوله سبحانه : « فما استمتعتم به منهن » أي في النكاح ، والدليل على ما نقول هو السياق ، فإن الذي ذكر في أول هذه الآية وفي آخرها هو النكاح لا المتعة ، فقد ذكر الله سبحانه أنواعا من النساء يحرم النكاح بهن في أول الآية ، ثم أباح ما عدا هؤلاء المحرمات بالنكاح بقوله سبحانه : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » أي بالنكاح وقال تعالى في سياق الآية الكريمة : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات » فقد ذكر في الآية النكاح ولم تذكر الإجارة ولا المتعة ، وعلى هذا يجب أن يصرف قول الحق سبحانه : « فما استمتعتم به منهن » إلى الاستمتاع بالنكاح .

وأما ما يقال من أن ما يجب على الرجل للمرأة قد سمي أجراً ، فالجواب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٧٢

عليه أن المهر فى النكاح يسمى أجرا ، ويدل على هذا قول الحق سبحانه : « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن » أى آتوهن مهورهن ، وقوله سبحانه : « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن » .

وأما القول بأن الله تبارك وتعالى قد أمر بإيتاء الأجر للنساء بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس عقد النكاح ويؤخذ من الزوج قبل أن يحدث الاستمتاع بالزوجة ، فالجواب عليه : أن معنى قوله سبحانه : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » هو إذا أردتم الاستمتاع بهن فآتوهن مهورهن ، ولهذا نظير ، فقد قال الله تعالى : « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » أى إذا أردتم تطليق النساء .

بل إنه على فرض أن المراد من الآية الكريمة « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » هو الإجارة والمتعة[1] فإن الآية قد صارت منسوخة بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[2] .

وأما استدلالهم بقراءة ابن مسعود « فما استمتعتم به منهن إلى أجل » فلا يصح لأنها قراءة شاذة لا يحتج بها قرآنا لأن القرآن لابد فيه من التواتر ، ولا يحتج بها على أنها سنة ، لأنها رويت قرآنا لا سنة . فتكون من قبيل التفسير للآية ، وتفسير الآية ليس حجة يجب الأخذ بها ، فلا يلزم العمل بها .

ثانياً : تمسكوا بالأحاديث الواردة فى إباحة المتعة ، والتى ذكرنا بعضاً منها آنفا .

والجواب عن هذا أن هذه الأحاديث تبين أنها منسوخة فلا دلالة لهم فيها[3] .

---

(١) المتعة فى الإسلام للسيد حسين يوسف مكى العاملى ص ٥١

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٧٣

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٩ ص ١٧٩

ثالثا : قالوا : إن تحليل المتعة أمر قطعى ، لأن المتعة كانت مباحة باتفاق الجميع ، فلم ينكر واحد من الناس إباحتها أولا ، ولكن التحريم أمر ظنى ، لأن التحريم اختلف العلماء فيه ، والمختلف فيه ظنى ، وإذا تعارض القطعى مع الظنى وجب الأخذ بالأمر القطعى ، لأن الظنى لا ينسخ القطعى .

والجواب عن هذا بأننا نسلم أن التحليل أمر قطعى ، ولكن استمرار ذلك القطعى ظنى بلا خلاف بيننا وبينكم ، وإذا قلنا : إن حكم التحليل قد نسخ ، فإن النسخ إنما هو للاستمرار وليس لنفى ما وقع من المسلمين ، فإنه لا يقول عاقل إن النسخ يكون لما قد فرغ من فعله[١] .

وبعد ، فإن القارىء لما يكتبه الإمامية يجد المراوغة والتحايل لإثبات أمر أجمع كل المسلمين على تحريمه ، ولم يشد عن هذا الإجماع إلا الإمامية وهم ليسوا ممن يقدح خلافهم فى حجية الإجماع ، وكذلك كان بن عباس رضى الله عنه يقول بإباحة المتعة فقد كان يرى أن المتعة كانت رخصة للمسلمين لوجود حال الضرورة ، وقد جاء النهى عنها بعد ذلك لأن الضرورة قد انقضت فحكمها باق على ذلك إذا وجدت الضرورة جازت المتعة ، ولكن جمهور العلماء يرون أن الرخصة فى المتعة كانت إباحة والنهى جاء نسخا لهذه الاباحة[٢] وقد روى عن ابن عباس أنه رجع عن هذا القول[٣] ولكن بعض العلماء يرى أنه مما يدل على عدم رجوع ابن عباس عن رأيه فى إباحة المتعة ما رواه الطحاوى عن ابن عباس قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله سبحانه وتعالى لهذه الأمة ولولا نهى عمر رضى الله تعالى عنه مازنى إلا شقى[٤] .

---

(١) السيل الجرار للشوكانى حـ ٢ ص ١٧٩
(٢) الإنصاف فى بيان سبب الأختلاف لشاه ولى الله الدهلوى ص ٨
(٣) صحيح مسلم بشرح النووى حـ ٩ ص ١٨١
(٤) الفتاوى الكبرى لابن حجر حـ ٤ ص ١٠٥

ويبقى الآن أن نبين الحكم فى أمرين متصلين بهذا الموضوع وهما : إذا تزوج إنسان زواج المتعة واتصل جنسيا بالزوجة هل يجب إقامة حد الزنا عليه؟ وإذا تزوج إنسانا زواجا مطلقا وهو ينوى فى داخل نفسه أن لا يمكث معها إلا مدة معينة هل يعتبر هذا زواج متعة أم لا ؟

هذان هما الأمران المتصلان بموضوع المتعة .

فأما الأول وهو إذا اتصل جنسيا بها هل يجب عليه حد أم لا ، فمذهب الشافعية أنه لا يحد ، لأنه توجد هنا شبهة ، هى شبهة العقد ، وشبهة الخلاف ، وكذلك يرى بعض المالكية مثل ما يراه الشافعية ، ويرى البعض الآخر من المالكية أنه يجب عليه حد الزنا .

والسبب فى اختلاف العلماء فى هذه المسألة هو أن الأصوليين مختلفون فى أنه لو حدث إجماع من علماء الأمة بعد حدوث الخلاف هل يكون هذا الإجماع رافعا للخلاف . ويصير المسألة مجمعا عليها أم لا يكون رافعا للخلاف.

فبعض العلماء يرى أن الإجماع لا يرفع الخلاف ، بل يدوم الخلاف ولا يصير المسألة بعد ذلك مجمعاً عليها أبدا ، وعلى هـــذا الرأى أبو بكر الباقلانى ، والبعض يرى خلاف ذلك .

وأما الأمر الثانى ، وهو تزوج إنسان زواجا مطلقا ، وهو ينوى فى داخل نفسه أن لا يمكث مع زوجته إلا مدة معينة ، فقد حكى بعض العلماء الإجماع على أن زواجه حينئذ صحيح حلال ، وليس زواج متعة ، ولا يكون الزواج زواج متعة إلا ما وقع بالشرط المذكور ، وروى عن الإمام مالك قوله : ليس هذا من أخلاق الناس ، وشذ الأوزاعى فقال : هو نكاح متعة ولا خير فيه[1] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى حـ ٩ ص ١٨١ ، ١٨٢

وبعد ، فبهذا نختم الكلام عن حكم زواج المتعة ، ولنواصل الكلام عن بقية شروط الصيغة فى عقد الزواج .

الشرط الثامن : أن يتكلم كل من الموجب والقابل بحيث يسمعه من هو بالقرب فيه بلا مانع .

الشرط التاسع : أن لا يتغير إيجاب الأول قبل تمام قبول الثانى ،

الشرط العاشر : أن يكون الجواب ممن صدر معه الخطاب لا من وكيله مثلا ، فلو قال الولى للزوج : زوجتك ابنتى فلانة فلم يرد الزوج وأجاب وكيله لا ينعقد العقد .

الشرط الحادى عشر : أن يأتى كل من الموجب والقابل باللفظ قاصداً له حالة كونه عارفا بمعناه ، فلو سبق لسان واحد منهما من غير أن يقصد معنى اللفظ لا ينعقد العقد(١) .

الشرط الثانى عشر : أن تكون الصيغة صريحة لا كناية ، فلو قال الولى للزوج : أحللتك ابنتى لا يصح النكاح ، حتى لو نوى بها النكاح وكانت القرائن متوفرة على ذلك ، وذلك لأن النكاح لابد فيه من الشهود ، والكناية لابد فيها من النية ، والشهود لا اطلاع لهم على النية ، وقد بين فقهاء الشافعية أن الكناية الممنوعة هى التى تكون فى الصيغة أما الكناية فى المعقود عليه فيصح العقد بها ، كما لو قال الولى أبو البنات : زوجتك إحداهن ، أو زوجتك ابنتى ، فقبل الزوج ، وكان الولى والزوج يتفقان فى نيتهما على بنت معينة للولى(٢) .

ولعله يرد سؤال هنا عن الفارق بين الكناية فى الصيغة والكناية فى المعقود عليه ، فلماذا منع الفقهاء صحة العقد عند الكناية فى الصيغة وصححوه بالكناية فى المعقود عليه ؟ وقد أجاب عن هذا العلامة الرملى فقال : « إن الصيغة هى المحللة فاحتيط لها أكثر »(٣) .

---

(١) حاشية القليوبى على شرح المحلى

(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤١ وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم جـ ٢ ص ٨٦

(٣) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٦٤

حكم عقد النكاح بغير العربية

فى حالة ما إذا كان المتعاقدان لا يتكلمان اللغة العربية بأن كانا من غير العرب ، أو كانا من العرب لكنهما عاشا أو عاش أحدهما فى بيئة غير العرب ، أو كانا يتكلمان العربية لكنهما لأمر ما لا يريدان العقد باللغة العربية . فهل لابد أن يلزما بالإتيان بالإيجاب والقبول باللغة العربية أم أن الإيجاب والقبول يصح وينعقد العقد بهما ولو بلغة غير العرب ؟

اختلف العلماء فى هذا على ثلاثة آراء ، وقبل أن نبين هذه الآراء يجب أن نحدد محل الخلاف فى هذه المسألة .

محل الخلاف

هو حالة ما إذا كان كل من المتعاقدين يفهم كلام نفسه وكلام الآخر سواء أكانا يتكلمان بلغة واحدة أم كانا مختلفين فى اللغة التى يتكلمان بها ، وأما إذا لم يكن كل من المتعاقدين يفهم كلام نفسه وكلام الآخر فهذا ليس من محل النزاع والعقد غير صحيح من غير خلاف[١] .

آراء العلماء

اختلفت أقول العلماء فى هذا على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أن النكاح ينعقد بالعربية وبغير العربية من اللغات الأخرى سواء أكان العاقد قادرا على العربية أم لا .

وهذا هو مذهب الحنفية[٢] وهو مذهب ابن حزم ، والراجح فى مذهب

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٠

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٤ .

الشافعية، اعتبارا بالمعنى، لأن لفظ النكاح أو التزويج لا يتعلق به إعجاز فاكتفى بترجمته(١) .

المذهب الثانى : يرى أن النكاح لا ينعقد بلفظ غير عربى، سواء أكان العاقد قادرا على العربية أم لا، وعلى من يريد الزواج ولا يستطيع أن يأتى باللفظ بالعربية أن يصبر حتى يتعلمه أو يوكل غيره ممن يستطيعون الإتيان به بالعربية، وهذا رأى مرجوح فى فقه الشافعية، واستند صاحبه إلى التمسك باللفظ الوارد فى هذا المجال .

المذهب الثالث : يفصل بين ما إذا كان يستطيع الإتيان باللفظ العربى وما إذا كان لا يستطيع الإتيان به، فإن كان العاقد يستطيع أن يأتى بلفظ الإنكاح أو التزويج باللغة العربية فإنه لا ينعقد نكاحه إلا إذا أتى باللفظ العربى، وأما إذا كان لا يستطيع النطق بالعربية فإن نكاحه ينعقد بغير العربية وعليه أن يأتى بمعنى لفظ الإنكاح أو التزويج فى لغته التى ينطقها . وهذا هو رأى الحنابلة (٢) ورأى آخر مرجوح فى فقه الشافعية وهو ما يراه الإمامية من الشيعة(٣) وحجة هذا الرأى أن من لا يستطيع الإتيان باللفظ العربى عاجز عن الإتيان بغير لغته فسقط عنه قياسا على الأخرس وأما الذى يعدل عن الإتيان بلفظ الإنكاح والتزويج بالعربية مع القدرة على الإتيان به فلم يوجد عذر يقتضى معه العدول عن اللفظ العربى .

الرأى المختار

ويبدو لنا أن الرأى القائل بصحة عقد النكاح بما عدا العربية حتى وإن كان العاقد يحسن العربية هو الراجح لنفس التعليل الذى علل به أصحاب هذا الرأى ونحب قبل أن نترك هذه المسألة أن نبين أمرين هامين :

(١) روضة الطالبين ليحيى بن شرف النووى ج ٧ ص ٣٦ مطبعة المكتب الإسلامى للطبع والنشر . نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٤ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٢٠ وانظر : شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتى (١٠٠٠ هـ ١٠٥١) ج ٣ ص ١١ والمحرر لأبى البركات ج ٢ ص ١٤ .

(٣) انظر فى فقه الإمامية : المختصر النافع لجعفر بن الحسن الحلى ص ١٦٩

الأمر الأول : أنه يشترط أن يأتى بعبارة تعد فى اللغة التى نطق بها صريحة فى النكاح[١] .

الأمر الثانى : اشتراط أن يكون الشاهدان يفهمان ما نطق به العاقدان[٢] والله أعلم .

هل ينعقد الزواج بإشارة الأخرس

الأخرس غير ممنوع من عقد العقود لأن الخرس لا يوجب الحجر عليه فهو مثل الأصم .

وإذا عقد عقدا كالبيع أو الإجارة ، أو النكاح، فإشارته بالعقد تقوم مقام نطقه[٣] كما تقوم إشارته أيضا مقام النطق فى الفسوخ ، كالطلاق ، وعتق عبده ونحوهما[٤] .

وتوليه عقد النكاح بنفسه له طريقان : إما أن يشير بالإيجاب أو القبول ، وإما أن يكتب . فأما إشارته فلا بد لصحة العقد بها أن تكون مفهومة . فإذا لم تكن مفهومة لم يصح عقده بها كما لا يصح منه غير النكاح من التصرفات القولية .

وهنا أمران لا بد منهما :

أولهما : أن يكون العاقد معه فاهما لإشارته ، وذلك لأن النكاح عقد بين شخصين فلا بد أن يكون كل منهما فاهما لما يصدر عن صاحبه .

---

(١) نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٦٣

(٢) الاقناع لموسى الحجاوى المقدسى ج ٣ ص ١٦٧ .

(٣) شرح المحلى على المنهاج ج ٢ ص ١٥٥ والمغنى ج ٨ ص ٤٣٠ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠ وبدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣١ والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٤) المجموع للنووى ج ٩ ص ١٨١ .

ثانيهما : أن يفهم الشهود معنى إشارته ، وذلك لأن الشهادة لابد منها فى النكاح ، وهى لا تحصل إلا إذا كان الشاهد فاهما ومدركا لما يشاهده[١] .

هذا ونحب أن نشير إلى أن فقهاء الشافعية قد قسموا إشارة الأخرس إلى قسمين : صريحة وكناية ، فأما إشارته الصريحة فهى التى لا يقتصر فهمها على الفطنين بل يفهمها الفطن وغيره ، وأما إشارته التى لا يفهمها إلا الفطنون فليست صريحة بل كناية . وبينوا أن النكاح ينعقد بالقسم الأول ، وأما القسم الثانى فلا ينعقد النكاح به عندهم لأن النكاح لا ينعقد بالكناية وعليه أن يوكل بإشارته هذه من يعقد له العقد[٢] .

وأما كتابة الأخرس فقد اشترط فقهاء الشافعية لصحة عقد النكاح بها شرطين:

الأول : أن لا تكون له إشارة مفهمة .

الثانى : أن يتعذر عليه أن يوكل غيره لعقد هذا العقد .

فحاله حينئذ بتوافر هذين الأمرين حال اضطرار ملجئة إلى القول بصحة عقده بكتابته[٣] .

هل ينعقد الزواج بالكتابة

الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن النكاح لا ينعقد بالكتابة ، وذلك لأنه يشترط أن تكون الصيغة صريحة فى الإيجاب والقبول ، والكتابة لا تدخل فى الصريح بل هى داخلة فى الكناية . والكناية لابد فيها من النية ولا إطلاع لأحد من الشهود على النية ، وسواء فى هذا الحكم أكانت الكناية من العاقد الحاضر بأن كان موجودا ولكنه بدلا من أن ينطق بالإيجاب أو القبول كتبه ، أم كانت من

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٤٣٠ والاقناع لموسى الحجاوى المقدسى ج ٣ ص ١٦٨ .

(٢) حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٣١ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٢ .

العاقد الغائب، كأن كتب ولى المرأة إلى الخاطب قائلا له : زوجتك ابنتى فلانة، فلما بلغ الخاطب هذا المكتوب قال : قبلت زواجها ، أو رد عليه بالكتابة بالقبول .

وهذا هو مايراه الشافعية (١) والمالكية (٢) ولم يصحح الشافعية والمالكية انعقاد النكاح بالكتابة إلا فى ضرورة الخرس كما سبق أن بيناه آنفا .

الرأى الثانى : يرى أن النكاح ينعقد بالكتابة وعلى هذا فقهاء الحنفية ، وصوروا المسألة بأن يكتب الخاطب إلى المرأة المراد نكاحها قائلا : زوجينى نفسك فإنى رغبت فيك ، أوكلاما مثل ذلك ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت ، زوجت نفسى منه أو تقول لهم مثلا إن فلانا قدكتب إلى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه (٣) .

واشترطوا فى ذلك أن يسمع شاهدان ماكتبه الخاطب وعبارتها ، أو تعبر هى عما كتبه الخاطب كأن تقول : إن فلانا قدكتب إلى يخطبنى ثم تقول : فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه .

وعلى هذا فلو لم تقل المرأة أمام الشهود سوى عبارة : زوجت نفسى من فلان ولم تقرأ عليهم نص ما كتبه الخاطب ، ولم تعبر هى عن المكتوب فلا يصح عقد النكاح ، لأن سماع الشطرين شرط فى صحته ، وبإسماعهم مافى الكتاب أو التعبير عنه منها يكون الشهود قد سمعوا الشطرين، بخلاف ما إذا انتفيا أو انتفى واحد منهما (٤) .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤١ وحاشية القليوبى على شرح المحلى ح ٣ ص ٢٣١

(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٢

(٣) يجب أن يلاحظ أن الحنفية يجيزون أن تلى المرأة عقد النكاح ولذلك مثلوا برد المرأة على الخاطب فى هذه المسأله

وخلاف العلماء فى تولى المرأة عقد النكاح سنتعرض له — إذا أراد الله — فى مبحث خاص فيما بعد

(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠

وقد علل الحنفية مايرونه من صحة انعقاد النكاح بالكتابة ، بأن الكتابة من الشخص الغائب قامت مقام خطابه (١) .

وبعد فيبدو لنا أن الرأى القائل بعدم صحة انعقاد النكاح بالكتابة إلا فى حالة ضرورة الخرس بشرطها المبين آنفا هو الأولى بالقبول وذلك لعدة أمور:

الأمر الأول : أن النكاح يحتاط فيه مالا يحتاط فى غيره .

الأمر الثانى : أن اعتبار الإيجاب أو القبول المكتوب فى النكاح قد يفتح الباب لمفاسد وخلافات تحصل نتيجة تزوير الخطوط .

الأمر الثالث : أنه يمكن بسهولة للغائب أن يوكل من يستطيع الحضور لعقد العقد نيابة عنه كما سنبين ذلك فى المبحث التالى ، والله أعلم .

انعقاد النكاح بالوكالة

مريد النكاح له الخيار فى أن يعقد العقد بنفسه أو أن يوكل شخصا آخر يعقد له ، مع ملاحظة وجوب أن يكون الوكيل ممن يجوز له أن يتولى العقد بنفسه (٢) .

وقد استدل الكاسانى أحد كبار علماء الحنفية على صحة انعقاد النكاح بالوكالة بأمرين : أمر عام وأمر خاص .

فأما الأمر العام : فلان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول ككلام المرسل .

وأما الأمر الخاص : فما روى من أن النجاشى زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم حبيبة رضى الله عنها ، قال الكاسانى ، فلا يخلو ذلك إما أن فعله بأمر النبى صلى الله عليه وسلم أو ليس بأمره ، فإن فعله بأمره فهو وكيله ، وإن فعله

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣١ .

(٢) التنبيه لأبى اسحاق الشيرازى ص ٩٤ والشرح ج ٢ ص ٢٠١

بغير أمره فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم عقده ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (١) .

وقد بين الفقهاء أنه يجوز للزوج أن يوكل من يعقد نيابة عنه ، كما أنه يجوز أيضاً لولي المرأة أن يوكل ، فيجوز أن يكون العاقدان هما وكيل الزوج والولي ويجوز أن يكونا الزوج ووكيل الولي . ويجوز أن يعقده وكيل الزوج ووكيل الولي .

قال الباجوري أحد علماء الشافعية : « وإذا وكل الزوج في العقد كما يقع كثيراً فليقل الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي موكلك فلانا فيقول وكيله : قبلت نكاحها له ، فإن ترك لفظة « له » لم يصح النكاح وإن نوى موكله ، لأن الشهود لا اطلاع لهم على النية كما علمت .

وإذا وكل الولي فليقل وكيله للزوج : زوجتك بنت فلان موكلي فيقبل .

وإذا وكل كل من الولي والزوج فليقل وكيل الولي لوكيل الزوج : زوجت فلانا موكلك بنت فلان موكلي فيقول : قبلت نكاحها له (٢) .

حكم النكاح بعاقد واحد

المألوف الذي تعود أن يراه الناس أن يكون عقد النكاح بين شخصين ، أحدهما موجب أي صدر عنه الإيجاب ، والآخر قابل أي صدر عنه القبول ، ومن غير المألوف أن يكون الإيجاب والقبول قد صدرا من شخص واحد .

ونمثل لهذه المسألة بما إذا كان للمرأة ابن عم هو وليها ورغب في أن ينكحها ، وأذنت له في ذلك ، أو كان لرجل ابن ابن صغير وبنت ابن آخر صغيرة ، والجد وليهما ، وأراد تزويج ابن ابنه من بنت ابنه ، فهل يصح أن يكون الموجب والقابل

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣١ .

(٢) حاشية الباجوري على ابن قاسم ج ٢ ص ٨٦ .

فى مثل هاتين الحالتين اللتين مثلنا بهما واحدا ، أم لابد فى الإيجاب أن يكون صادرا من شخص والقبول صادرا من شخص آخر ؟

العلماء مختلفون فى هذا على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : يرى صحة انعقاد النكاح بعاقد واحد ، فإذا كان ولى المرأة يحل له نكاحها ، كابن العم ، أو الحاكم ورغب فى نكاحها وأذنت له المرأة فى ذلك، فإن له أن يتزوجها، وأن يتولى طرفى العقد بنفسه ، وهذا هو الرأى الراجح عند الحنابلة. وهو أيضا منقول عن الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والأوزاعى والثورى وأبى حنيفة وإسحاق والليث وأبى ثور وابن المنذر(١) وهو أيضاً ما يراه ابن حزم الظاهرى واشترط ابن حزم لصحة ذلك شرطين:

أولهما : أن ترضى به المرأة زوجا .

والثانى : أن لا يكون أحد أقرب إليها منه(٢) .

ويبدو واضحا أن هؤلاء العلماء الذين ذكرناهم متفقون على صحة عقد العاقد الواحد لنفسه على المرأة التى له الولاية عليها ، وأما إذا كان العاقد الواحد غير عاقد لنفسه بل لغيره ، كالعم إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير مثلا ، فهل هؤلاء يصححون هذا أيضا ، أم أن ما يذهبون إليه قاصر على عقد العاقد الواحد لنفسه ؟ هذا ما لم يتضح لى فيما رجعت إليه من مصادر ، إذ بينما رأيت ابن قدامة يفهم من تصويره للمسألة أن ذلك إذا عقد عاقد واحد لنفسه(٣) ورأيت كلام ابن حزم يفيد هذا أيضا إذ يقول فى بدئه الكلام

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٦١ وفتح البارى ج ٩ ص ١٤٨ والشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٣٣

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ص ٤٧٣

(٣) المغنى ج ٧ ص ٣٦١

عن هذه المسألة : « وجائز لولى المرأة أن ينكحها من نفسه إذا رضيت به زوجا ولم يكن أحد أقرب إليها منه وإلا فلا ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ... الخ[١] وكلام صاحب مواهب الجليل كذلك[٢] .

أقول بينما رأيت هؤلاء على ما بينت رأيت علاء الدين الكاسانى عند حكايته الخلاف فى هذه المسألة يحكى ما يراه الحنفية غير زفر موضحا أنهم يرون صحة انعقاد النكاح بعاقد واحد ما دام قد ثبتت له ولاية من الجانبين ، سواء أكانت هذه الولاية أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة ، أم كانت ولايته دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة ، ومثال العاقد الواحد فى الولاية الثابتة بالقرابة ما إذا زوج الجد ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة والعم إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير[٣] .

ورأيت صاحب منتهى الإرادات وهو حنبلى يصرح بصحة تولى الرجل طرفى العقد ومثل لهذا بمن زوج عبده الصغير بأمته ، أو ابنه ببنت أخيه[٤] .

من هذا الذى ذكرت لك يتبين أن الحنفية - عدا زفر - والحنابلة يرون صحة عقد النكاح بالعاقد الواحد ، ما دام قد ثبتت له الولاية من الجانبين ، سواء أكان عاقدا لنفسه أم عاقدا لغيره ، وأما غير الحنفية الذين يشتركون معهم فى القول بصحة انعقاد النكاح بعاقد واحد فلم يتبين لى بصورة قاطعة ما إذا كانوا يرون مثل ما يراه الحنفية أم أنهم قد قصروا رأيهم على صحة انعقاد النكاح بعاقد واحد إذا كان يعقد لنفسه لا لغيره .

وإذا ما اتضح لك هذا فإننا ننتقل الآن إلى بيان بقية الآراء فى هذه المسألة

الرأى الثانى : يرى أنه لا يصح أن ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلا وهذا

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٧٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٣٩

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٢ ص ٢٣١

(٤) منتهى الإرادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى القسم الثانى ص ١٦٥ طبع دار الجيل

الرأى منسوب إلى زفر من علماء الحنفية[١] وهو رأى مرجوح فى فقه الحنابلة والشافعية[٢] وهو مايراه أيضا داود الظاهرى[٣].

الرأى الثالث : يرى صحة انعقاد النكاح بعاقد واحد فى حالة الجد فقط إذا كان قد ثبتت له الولاية من الجانبين ، كما إذا زوج هذا الجد ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الآخر الصغيرة، وهذا هو الرأى الراجح فى فقه الشافعية وقالوا : لا يزوج واحد من الأولياء - كابن العم مثلا - موليته لنفسه بتوليه الطرفين لاتهامه فى أمر نفسه ، ولأنه ليس كالجد ، بل يزوجه بها نظيره فى درجته ويقبل هو لنفسه ، فليس له ولاية حينئذ ، وأما إذا لم يوجد من هو فى درجته بالنسبة إليها فإن القاضى هو الذى يزوجها له .

وإذا أراد القاضى نفسه أن يتزوج من ليس لها ولى خاص فإنه يزوجه من فوقه من الولاة أو من هو مثله أو خليفته .

وأما إذا أراد ذلك رئيس الدولة فإنه يزوجه خليفته[٤] .

فالرأى الراجح إذن عند الشافعية - كما ذكرنا - لا يرى صحة تولى العاقد الواحد طرفى العقد إلا فى حالة ما إذا عقد الجد لابن ابنه الصغير على بنت ابنه الآخر الصغيرة .

وكما لا يجوز - على الرأى الراجح عند الشافعية أن يتولى أحد - غير الجد طرفى العقد فإنهم كذلك لا يجوزون أن يوكل وكيلا فى أحدهما ويتولى هو الآخر .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣١ وفتح البارى ج ٩ ص ١٤٩ والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلى ج ٣ ص ١٣٤ .
(٢) المغنى ج ٧ ص ٣٦١ وشرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٤٨ .
(٣) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٩ .
(٤) حاشية القليوبى على شرح المحلى ج ٣ ص ٢٤٨ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٩٣

وأما إذا وكل وكيلين ، وكيلا يتولى الإيجاب ووكيلا يتولى القبول ، فإنهم مختلفون فى هذا على رأيين :

أحدهما وهو الأصح عندهم منع ذلك أيضا ، وذلك لأن فعل الوكيل فى ذلك ينزل منزلة فعل الموكل ، بخلاف تزوج خليفة القاضى له ، لأن تصرف القاضى وخليفته بالولاية العامة .

والرأى الثانى يرى صحة توليته وكيلين ليتوليا الإيجاب والقبول ، لأن النكاح حينئذ منعقد بأربعة[1] :

وإذا ماتبين هذا فإن الشافعية ـ على الرأى الراجح عندهم ـ يشترطون فى صحة تولى الجد طرفى العقد ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون أب كل من ابن الابن وبنت الابن ميتا أو ليس أهلا للولاية .

ثانيها : أن يكون ابن الابن محجورا عليه .

ثالثها : أن تكون بنت الابن بكرا ، أو مجنونة ، وعلى هذا فإذا كانت بنت الابن ثيباً بالغة عاقلة لايصح العقد ، وهذا شرط يفيد أنه لابد أن يكون للجد حق إجبارها على النكاح .

هل يفتقر العاقد الواحد

إلى ذكر الإيجاب والقبول ؟

إذا كان بعض الآراء كما ذكرنا يجيز أن يتولى العاقد الواحد طرفى العقد فهل يحتاج هذا العاقد عندهم إلى أن يذكر كلا من الإيجاب والقبول أم يكتفى فى هذا بمجرد الإيجاب ؟

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٩٣ وشرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٤٨ .

اختلف الذاهبون إلى صحة انعقاد النكاح بعاقد واحد فى هذا على رأيين:

الرأى الأول : يرى أنه لابد من وجود الإيجاب والقبول منه ، بأن يقول زوجت نفسى من فلانة وقبلت هذا الزواج ، أو يقول الجد : زوجت ابن ابنى فلانا من بنت ابنى فلانة وقبلت هذا النكاح ، وذلك لأن مايفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود من بيع وغيره، وهذا أحد رأيين عند الحنابلة ، والرأى الراجح عند الشافعية فى صورة عقد الجد .

الرأى الثانى : يرى أنه يكفى أن يقول : اشهدوا أنى زوجت نفسى فلانة ، أو تزوجت فلانة ، أو يقول الجد : اشهدوا أنى زوجت ابن ابنى فلانا من بنت ابنى فلانة ولا يحتاج إلى ذكر القبول .

وهذا هو مايراه مالك وأبو حنيفة وأحد رأيين عند الحنابلة ، ورأى مرجوح عند الشافعية .

وبعد ، فهذه هى الآراء الثلاثة فى هذه المسألة ولننتقل الآن إلى بيان الدليل الذى استند إليه كل رأى من هذه الآراء .

* * *

دليل الرأى الأول :

أما أصحاب الرأى الأول فقد استدلوا بعدة أدلة :

الدليل الأول : قول الله تبارك وتعالى : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ومايتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ماكتب لهن وترغبون أن تنكحوهن »(١) قيل نزلت هذه الآية الكريمة فى يتيمة فى حجر وليها وهى ذات مال .

---

(١) سورة النساء آية ١٢٧

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن قوله تعالى : « لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن » خرج مخرج العتاب للأولياء الذين عندهم هؤلاء اليتامى ، وهذا دليل على أن للولي أن يقوم بنكاح موليته وحده، لأنه لو لم يقم بالنكاح وحده لما كان للعتاب معنى ، لأنه حينئذ يكون عتابا على أمر غير محقق .

الدليل الثاني : قول الله سبحانه : « وأنكحوا الأيامى منكم »[١] ووجه الاستدلال أن الله تبارك وتعالى قد أمر الرجال بالإنكاح مطلقا ، من غير تفرقة بين حالة إنكاح الرجل غيره وإنكاحه نفسه .

الدليل الثالث : ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي زعيم قريظة والنضير ، وجعل عتقها مهرها[٢] .

الدليل الرابع : وهو مما استدل به الحنفية ، أن الوكيل فى النكاح ليس عاقدا بل هو مجرد سفير عن العاقد ومعبر عنه ، والذى يدل على ذلك أن الحقوق التى تترتب على عقد النكاح لا ترجع إلى الوكيل بل ترجع إلى من وكله .

وإذا ما كان الوكيل معبرا عن الموكل وله ولاية على كل من الزوجين فإن عبارته حينئذ تكون كعبارة الموكل ، فيصير كلامه ككلام اثنين ، فيعتبر إيجابه كلاما للمرأة كأنها قالت زوجت نفسى من فلان ، ويعتبر قبوله كلاما للزوج ، كأنه قال : قبلت زواجها ، فيقوم العقد باثنين حكما ، والثابت حكما يلحق بالثابت فى الحقيقة[٣] .

---

(١) سورة النور آية ٣٢
(٢) صحيح البخارى بحاشية السندى ج ٣ ص ٣٤١ طبع دار إحياء الكتب العربية
(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٢ والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٧٤

الدليل الخامس : فعل الصحابة ، وإذا فعل الصحابى أمرا من غير أن ينكر عليه أحد فهو يدل على الجواز ، وقد روى البخارى أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت : نعم ، فقال : قد تزوجتك[١] .

الدليل السادس : أن الولى يملك الإيجاب والقبول ، وإذا كان مالكا للإيجاب والقبول فإنه يجوز أن يتولاهما، كما إذا زوج السيد أمته عبده الصغير.

الدليل السابع : أن هذا عقد نكاح وجد فيه الإيجاب من ولى ثبتت له الولاية ، ووجد فيه القبول من زوج ليس محجورا عليه بل هو أهل للقبول . فيكون هذا العقد صحيحا كما إذا وجد الإيجاب والقبول من رجلين[٢] .

دليل الرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى فقد اعتمد أصحابه على الأدلة الآتية :

الدليل الأول : مارواه الدارقطنى من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لابد فى النكاح من أربعة : الولى ، والزوج ، والشاهدين[٣] » .

ورواه البيهقى بلفظ: « لا نكاح إلا بأربعة، خاطب، وولى ، وشاهدين[٤] ».

مناقشة هذا الدليل :

ويجاب عن رواية الدارقطنى بأن هذا الحديث رواه خالد بن الوضاح عن

---

(١) صحيح البخارى بحاشية السندى ج ٣ ص ٢٤٩
(٢) المغنى ج ٧ ص ٣٦١
(٣) سنن الدارقطنى ص ٣٨١ طبع المطبع الأنصارى
(٤) نيل الأوطار ج٦ ص١٢٦

أبى الخصيب نافع بن ميسرة ، عن هشام ، عن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا بــد فى النكاح من أربعة » الحديث ، وأبو الخصيب مجهول كما بين ذلك الدارقطنى(١) .

وأما الرواية التى رواها البيهقى ، وهى : « لا نكاح إلا بأربعة ، ففى إسنادها المغيرة بن موسى البصرى ، وقد قال البخارى فيه : منكر الحديث(٢) .

وإذا كانت هناك رواية أخرى بلفظ : «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح ، زوج ، وولى ، وشاهدان » فقد أجاب عنها ابن قدامة بنفى علمه بصحة هذا الحديث ، ثم على فرض التسليم بصحة هذا الحديث فهو مخصص بالسيد إذا زوج أمته من عبده الصغير ، ومادام قد خصص بهذا فيخصص أيضا بالمسألة التى نحن بصددها الآن(٣) .

الدليل الثانى : أن تولى العاقد الواحد طرفى العقد هو خطاب للإنسان مع نفسه ، وخطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم ، وإنما كان ذلك جائزا فى البيع للطفل ومنه ، لأنه يكثر وقوعه(٤) .

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن تولى العاقد الواحد طرفى العقد ليس بلازم أن يكون على صورة خطاب الإنسان مع نفسه ، فيمكن مثلا أن يقول الجد للشاهدين : اشهدوا أنى زوجت ابن ابنى فلانا لبنت ابنى فلانا وهكذا .

الدليل الثالث : النكاح يحتاج إلى ناكح ومنكح ، فلا يجوز أن يكون الناكح هو المنكح .

---

(١) سنن الدارقطنى ص ٣٨١ ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٦

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٦

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٣٦١ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٦٣ ، وشرح المحلى على المنهاج جـ ص ٢٤٨ .

وقد أجيب عن هذا بأنه مع التسليم بأن النكاح يحتاج إلى ناكح ومنكح، فإن قولهم إنه لايجوز أن يكون الناكح هو المنكح غير مسلم ، بل يجوز أن يكون الناكح هو المنكح ، فهذه دعوى كالدعوى التى تدعونها ، ولافارق بين دعوى ودعوى فى الإثبات إلا بالدليل ، فعليكم الإتيان بالدليل .

الدليل الرابع : القياس على البيع ، فكما أن الإنسان لايصح أن يبيع من نفسه فقياسا على ذلك لايصح للانسان أن ينكح من نفسه .

ويجاب عن هذا بمنع صحة مايقولون ، لأن البيع يصح إذا تولى طرفى الإيجاب والقبول عاقد واحد ،كما إذا وكل مالك الشيء شخصا ليبيع له هذا الشيء ، فإنه يجوز للوكيل أن يشتريه لنفسه مادام لم يحاب نفسه بشيء فى الثمن .

الدليل الخامس : فعل الصحابة ، فقد روى أن المغيرة بن شعبة خطب بنت عمه عروة بن مسعود ، فأرسل إلى عبد الله بن أبى عقيل ، فقال : زوجنيها ، فقال : ماكنت لأفعل ، أنت أمير البلد وابن عمها ، فأرسل المغيرة إلى عثمان ابن أبى العاصى فزوجها منه ، وفى رواية أخرى : أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا أن يزوجه امرأة ، المغيرة أولى بها منه(١) .

والجواب عن هذا بأن الحجة هى فيما يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لافيما يروى عن غيره ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ، وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها .

هكذا أجاب ابن حزم ، ثم يقول :

« فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج مولاته من نفسه . وهو الحجة على من سواه » وأيضا فإنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٧٣ ، ٤٧٤ .

نكحت بغير إذن مولاها فنكاحها باطل ، فمن أنكح وليته من نفسه بإذنها فقد نكحت بإذن وليها فهذا نكاح صحيح ، ولم يشترط عليه الصلاة والسلام أن يكون الولى غير الناكح ولابد ، فإذا لم يمنع منه عليه الصلاة والسلام فهو جائز قال تعالى : « وقد فصل لكم ماحرم عليكم » فهذا مما لم يفصل علينا تحريمه وقال تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » فمن أنكح أيمة من نفسه برضاها فقد فعل ما أمره الله تعالى به ولم يمنع عز وجل من أن يكون المنكح لأيمة هو الناكح لها فصح أنه الواجب » .

وبعد فأحب قبل أن نختم الكلام عن هذه المسألة أن أنبه القارىء إلى أنه يجب أن لا يفهم من ذكرى لمناقشة ابن حزم لأدلة مخالفيه من غير تعقيب لى عليها أننى أميل إلى ترجيح ما أخذ به ابن حزم ومن وافقه من صحة عقد العاقد الواحد لنفسه على المرأة التى له الولاية عليها على الوجه المبين آنفا ، بل إننى أبين الآن أن هذه المسألة مما لم يترجح لى فيها رأى معين من الآراء التى ذكرتها لعلمائنا رضى الله عنهم ، ولهذا اكتفيت — التزاما بالمنهج الذى ألزمت نفسى به — بذكر الآراء وأدلتها وذكر المناقشات التى اطلعت عليها فيما تحت يدى من مصادر .

وبهذا ينتهى كلامنا عن الركن الأول من أركان عقد الزواج وهو الصيغة وسنتكلم إن شاء الله فيما يأتى عن بقية الأركان والشروط .

الفصل الثالث

الركن الثاني : المحـــل

ويشتمل على ما يأتى :

١ ــ المقصود بالمحل .

٢ ــ شروط الزوج .

٣ ــ شروط الزوجة .

المقصود بالمحل :

المقصود بالمحل هنا هو الزوج والزوجة ، وقد سبق أن أشرنا إلى أن بعض الفقهاء مثل الحنفية والحنابلة لا يعتبرون من أركان النكاح إلا الصيغة فقط ، وهى الإيجاب والقبول . ولكننا إذا لاحظنا معنى الركن وأنه ما كان جزءاً من حقيقة الشىء أدركنا أن الزوج والزوجة يجب أن يعدا من أركان النكاح ، لأن العقد كما لا يتصور إلا بوجود الصيغة لا يتصور كذلك إلا بوجود عاقدين ومعقود عليه ، فأما العاقدان فهما الولى والزوج . وأما المعقود عليه فهو الزوجة والصداق [١] بيد أنه لما كان الصداق لا يجب ذكره عند العقد بدليل صحة نكاح التفويض بإجماع العلماء لم يعتبر من هذه الناحية ركنا من أركانه [٢] .

فالزوج والزوجة إذن يعدان من أركان النكاح ، وقد سبق أن ذكرنا أن بعض الفقهاء يعتبرهما ركنا واحدا ويعبر عنهما بالمحل كالعلامة الدردير [٣] وبعضهم ـ كالشافعية ـ يعدون الزوج ركنا والزوجة ركنا ثانيا ، ولا خلاف فى الحقيقة بين الرأيين فكلاهما يرى أن كلا من الزوج والزوجة يعتبر جزءاً فى النكاح .

إذا ما وضح هذا فإننا ننتقل الآن إلى بيان شروط كل من الزوج والزوجة وإليك أولا .

شروط الزوج :

يشترط الفقه الإسلامى فى الزوج عدة شروط لا بد من توافرها فيه حتى يكون العقد صحيحا وسنبين هذه الشروط موضحين الخلاف إن وجدناه فى شىء منها كما درجنا على ذلك وهذه هى الشروط :

---

(١) حاشية البنانى على شرح الزرقانى ج ٩ ص ١٦٨

(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٤ و ١٩٥

(٣) المصدر السابق ج ٢ ص ١٩٥

الشرط الأول : الإسلام فيحرم نكاح مسلمة من كافر ، سواء أكان كتابيا أم غير كتابى ، ولا يصح مثل هـذا النكاح إن حدث لقوله تبارك وتعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا »(١) .

الشرط الثانى : أن لا يكون متزوجا من أربع زوجات ، فلا يصح النكاح ممن له أربع زوجات لأنه يحرم الزيادة على الأربع قال تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »(٢) .

وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم من أسلم وكان يجمع بين أكثر من أربع زوجات بمفارقة من زاد على الأربع وقد وقع ذلك لغيلان بن سلمة وغيره(٣)

هذا ، وقد اختص النبى صلى الله عليه وسلم بالزيادة على أربع زوجات ، فجمع عليه الصلاة والسلام بين إحدى عشرة وتوفى عن تسع ، واختصاصه بالزيادة على الأربع لفضله على جميع أفراد الأمة .

وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حبب إلى من دنياكم النساء والطيب ، وجعلت قرة عينى فى الصلاة » .

وقد اختلف العلماء فى معنى تحبيب النساء إليه على رأيين :

الأول : أنه زيادة فى الابتلاء والتكليف ، حتى لا يلهو بما حبب إليه من النساء عن أداء الرسالة التى كلف بأدائها ، ولا يعجز عن تحمل أثقال النبوة ، فيكون ذلك أكثر فى تحمله المشاق وأعظم فى أجره .

الثانى : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد اختص بهذا ، حتى تكون خلواته مع زوجاته شاهدها منهن ، فيؤدى هذا إلى زوال ما يرميه به المشركون من أنه ساحر أو شاعر ، فيكون تحبيبهن إليه على هذا الرأى لطفا به .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢١

(٢) سورة النساء آية ٣

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ١٠٩

وعلى كلا الرأيين فهو له فضيلة من فضائله صلى الله عليه وسلم[١] .

الشرط الثالث من شروط الزواج : اشترط بعض الفقهاء أن لا يكون مريضا مرضا مخوفا . أى يتوقع منه الموت على حسب العادة ، سواء أكان مشرفا على الموت أم لا وهذا شرط مختلف فيه بين العلماء :

فأبو حنيفة والشافعى رضى الله عنهما يذهبان إلى أنه ليس بشرط فى الزوج ولا فى الزوجة بمعنى أن المريض يجوز نكاحه[٢] .

وأما المالكية رضى الله عنهم فقد ذهبوا إلى أن المرض المخوف مانع من موانع صحة النكاح[٣] غير أنهم اختلفوا فى هذا على رأيين :

أولهما : أن المرض المخوف مانع من صحة النكاح مطلقا . أى سواء أكان ورثة هذا المريض الراغب فى النكاح الرشداء قد أذنوا له فى هذا الزواج أم لم يأذنوا له وذلك لأن إذن ورثته الرشداء له بالزواج كعدم إذنهم له ، إذ إن من الجائز أن يتوفى من أذن من الورثة قبل المريض نفسه ، وحينئذ فيكون قد ظهر وارث جديد حل محل الوارث الذى مات كأبنائه مثلا ، وهذا الوارث الجديد لم يأذن لهذا المريض بالزواج فأصبح إذن الوارث كعدم الإذن .

وسواء فى المنع أيضا أكان هذا المريض محتاجا إلى الزواج ، بأن رغب فيه أو كان محتاجا إلى زوجة تقوم على خدمته فى مرضه ، أم لم يكن محتاجا إلى شىء من ذلك .

وهذا هو الرأى الراجح عند المالكية وقد استندوا فى هذا إلى النهى عن إدخال وارث .

---

(١) الحاوى للماوردى جـ ١٢ ورقة ٣

(٢) بدايه المجتهد جـ ٢ ص ٤٩

(٣) المدونه الـكبرى للامام مالك بن أنس جـ ٣ ص ٢٤٦

وأما ثانى الرأيين : عند المالكية فإنه يذهب إلى أن المرض مانع من صحه النكاح إن كان المريض غير محتاج إلى النكاح ، وأما إذا كان محتاجا إلى النكاح لم يمنع حتى ولو لم يأذن له الوارث فى ذلك .

هذا وينبغى أن نشير إلى أن خلاف المالكية الذى ذكرناه الآن هو فى حالة ما إذا كان أحد الزوجين مريضا ، وأما إذا كان كل من الزوج والزوجة مريضا فقد اتفق المالكية حينئذ على عدم صحة نكاحهما(١) .

هذا ، ويرجع الاختلاف بين المالكية وغيرهم فى اعتبار المرض مانعا من صحة عقد الزواج أم فى عدم اعتباره ، إلى أمرين :

الأمر الأول : أن الزواج هل يقاس على عقد البيع أم على الهبة ؟ فمن المعروف أن المريض مرض الموت لا يصح أن يهب شيئا من ماله إلا فى حدود ثلث ماله ، ولكنه فى نفس الوقت يجوز له أن يبيع ما يشاء من ممتلكاته ، ولما كان الظاهر فى عقد الزواج أنه متردد بين البيع والهبة فهل يرجح جانب إلحاقه بعقد البيع فلا يكون المرض مانعا من صحة عقد الزواج كما أنه ليس بمانع من صحة عقد البيع أم يرجح جانب إلحاقه بالهبة فيكون المرض مانعا من صحته ؟

الأمر الثانى : أن المريض مرضا مخوفا إذا أراد الزواج هل هو متهم بإدخال الضرر على ورثته ، لأن زواجه سيؤدى إلى إدخال وارث جديد زائد على ورثته الحاليين وهذا يؤدى إلى انقاص نصيب كل منهم من التركة ، أم أنه غير متهم بذلك ؟

هذان هما الأمران اللذان يرجع إليهما اختلاف العلماء فى هذه المسألة .

---

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٧٦ والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤٤ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٧٦

والواقع أن قياس عقد الزواج على الهبة قياس غير صحيح ، وذلك لأن العلماء متفقون على أن الهبة تجوز من المريض إذ كانت داخلة فى حدود ثلثى ماله ، والذين اعتبروا المرض مانعا من صحة عقد الزواج لم يحددوا لذلك نطاقا معينا . فلم يقولوا بصحة عقد الزواج إذا كان ما سيترتب عليه من حقوق داخلا فى حدود ثلث المال ، بل أطلقوا الأمر ، أى أن المرض عندهم مانع من صحة عقد الزواج سواء أكان ما سيترتب عليه من حقوق داخلا فى حدود ثلث المال أم لا ، ومن هنا يستطاع القول بأن عقد الزواج مختلف عن الهبة .

وكذلك فإن القول بعدم صحة عقد الزواج لإدخال وارث جديد هو قياس مصلحى لا يجوزه أكثر الفقهاء .

ولهذا فإننا نرى ما يراه الإمام ابن رشد من أنه يجب أن ينظر فى حال المريض الذى يريد الزواج ، فإن دلت القرائن على أنه قصد بالزواج خيرا فإنه لا يمنع من هذا الزواج ، وإن دلت على أنه قصد أن يضر بالورثة فإنه يمنع منه ، وهذا كما فى أشياء كثيرة من عمل الطبيب وغيره من الأعمال المختلفة[١] .

الشرط الرابع : أن يكون ذكراً يقينا ، وعلى هذا فلا يصح نكاح الخنثى حتى ولو بان بعد العقد أنه ذكر ، لأنه لا بد أن تتيقن من ذكورته حال العقد ، فالخنثى لا يجوز له أن يتزوج امرأة ولا رجلا وإنما يجوز له أن يتملك أمة أى الأنثى من العبيد ويستمتع بها[٢] .

الشرط الخامس : أن يكون معينا ، ولهذا لا يصح النكاح إذا كان لأحد رجلين من غير تعيين واحد منهما كأن يقول الولى مثلا لخالد وعلى : زوجت ابنتى فلانة لواحد منكما .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٠

(٢) قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى ص ٢٢١

الشرط السادس : أن يكون الزوج المكلف مختاراً فليس صحيحا نكاح المكره حتى لو كان رقيقا.(١) ويرى بعض الفقهاء أنه يشترط فى الإكراه الذى يمنع صحة عقد النكاح أن يكون إكراها بغير حق فأما إذا كان إكراها للزوج بحق ، كأن كان قد ظلم زوجته فى القسم بينها وبين زوجته الأخرى ثم طلقها طلاقا بائنا بينونة صغرى ، فإنه يصح حينئذ إكراهه على نكاحها ، ليؤدى لها حقها فى القسم(٢) .

الشرط السابع : أن يكون عالما باسم ونسب المرأة التى يراد عقده عليها ، أو يكون عالما بعينها .

الشرط الثامن : أن يعلم أن المرأة التى أراد العقد عليها يحل له أن يتزوج بها وليست من المحرمات عليه .

الشرط التاسع : أن يكون الزوج غير محرم بحج أو عمرة(٣) ، ونحب هنا أن نبين أمرين هامين :

الأمر الأول : أن هذا شرط مختلف فيه بين العلماء .

الأمر الثانى : أن هذا الشرط عند القائلين به ليس قاصراً على الزوج فقط ، بل هو شرط عندهم فى الزوجة أيضا ، وكذلك الولى .

وسنبين خلاف العلماء فى هذا الشرط مرجحين فى النهاية مانراه مستحقا للترجيح ، وإليك فى البدء حكاية الآراء فى هذا الشرط :

اختلف العلماء فيما إذا كان يجوز النكاح للمحرم أو لايجوز على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن المحرم له ذلك ولا يؤثر الإحرام فى النكاح

---

(١) منتهى الإرادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى القسم الثانى ص ١٥٩ طبع مطبعة دار الجيل .

(٢) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٨٥ .

(٣) المصدر السابق ج ٢ ص ٨٥ .

بالبطلان وهذا الرأى محكى عن أنس[١] وعطاء وعكرمة[٢] وأبى حنيفة[٣] رضى الله عنهم جميعا .

الرأى الثانى : يذهب إلى أن المحرم لاينكح ولاينكح (بكسر الكاف فيهما وفتح الياء فى الأولى وضمها فى الثانية) فإذا حصل منه ذلك فالنكاح باطل.

وهذا هو ماذهب إليه جمهور العلماء[٤] ومنهم مالك[٥] والشافعى[٦] والليث والأوزاعى ، وأحمد بن حنبل ، وهو مذهب الزيدية ،[٧] وهو منقول أيضا عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت رضى الله عن جميعهم .

سبب اختلاف العلماء :

وسبب اختلاف العلماء فى هذا هو تعارض المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[٨] كما سنتبين من ذكر مستند كل رأى من هذين الرأيين :

وإليك بيان هذا المستند لكل منهما :

أولا : مستند الرأى الأول :

اعتمد هذا الرأى على ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « تزوج النبى صلى الله عليه وسلم وهو محرم » وفى رواية أخرى « تزوج ميمونة وهو محرم » وفى رواية أخرى « تزوج النبى صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣٢ .

(٢) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن على الشوكانى (١١٧٣ — ١٢٥٠هـ) ج ٥ ص ١٥ .

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٤) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥ .

(٥) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢١٥٧

(٦) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٤

(٧) التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٢ ص ٢٢

(٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٩ .

محرم وبنى بها(١) وهو حلال وماتت بسرف. وفى رواية «أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة بنت الحارث وهما محرمان(٢).

ثانيا : مستند الرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى فقد اعتمد على عـــدة أحاديث مروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

منها مارواه عثمان بن عفان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لاينكح المحرم ولاينكح(٣) ولايخطب» رواه الجماعة إلا البخارى وليس للترمذى فيه «ولايخطب».

ومنها ماروى عن ابن عمر أنه سئل عن امرأة أراد أن يتزوجها رجل وهو خارج من مكة فأراد أن يعتمر أو يحج فقال : «لاتزوجها وأنت محرم، نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه» رواه أحمد.

ومنها ما روى عن أبى غطفان عن أبيه عن عمر أنه فرق بينهما يعنى رجلا تزوج وهو محرم، رواه مالك فى الموطأ، والدارقطنى.

ومنها مارواه يزيد بن الأصم عن ميمونة أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها حلالا، وبنى بها حلالا وماتت بسرف فدفناها فى الظلة(٤) التى بنى بها فيها. ورواه أحمد والترمذى.

ورواه مسلم وابن ماجه بلفظ، تزوجها وهو حلال قال : وكانت خالتى وخالة ابن عباس.

---

(١) بنى بها أى زفت إليه وسرف بفتح السين وكسر الراء اسم لموضع

(٢) انظر : فتح البارى جـ٩ ص١٣٠ وانظر: المسند لأحمد بن حنبل «١٦٤هـ — ٢٤١هـ» جـ ٤ ص ٢٢١ و ٢٠٢ و ٣٥٤ و ٤٠ وانظر نيل الأوطار جـ ٥ ص١٤

(٣) معنى «لاينكح المحرم ولاينكح» لايتزوج لنفسه ولا يزوج امرأة بولاية ولا وكالة فى مدة الأحرام.

(٤) الظلة بضم الظاء وتشديد اللام. كل ماأظل من الشمس

ورواه أبو داود بلفظ : « وقالت تزوجنى ونحن حلالان بسرف »[١]

ومنها مارواه أبو رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالا ، وبنى بها حلالا ، وكنت الرسول بينهما . رواه أحمد والترمذى[٢] .

وبعد فقد علمت مايستند إليه كل رأى من هذين الرأيين . ونذكر لك الآن ما أجاب به أصحاب الرأى القائل بحرمة زواج المحرم على حديث ابن عباس، ثم نتبع ذلك ببيان مانراه فى هذه المسألة .

الإجابة على حديث ابن عباس :

أجاب الذاهبون إلى حرمة نكاح المحرم على مارواه ابن عباس بعدة إجابات:

الإجابة الأولى : أن فعل النبى صلى الله عليه وسلم وهو زواجه وهو محرم كما هو رواية ابن عباس إما أن يكون متأخرا عن قوله وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن النكاح حالة الإحرام كما فى رواية غير ابن عباس وإما أن يكون متقدما عليه .

فإذا كان فعله متأخراً عن قوله ، فإنه يكون مخصصا له صلى الله عليه وسلم من عموم النهى المستفاد من القول .

وأما إذا كان الفعل متقدما ففيه الخلاف المشهور بين علماء الأصول وهو هل يجوز أن يخصص العام المتأخر بالخاص المتقدم كما يرى بعض العلماء أو يكون العام المتأخر ناسخا للخاص المتقدم كما يرى ذلك البعض الآخر .

وعلى كلا الرأيين يكون الحكم بالنسبة إلى الأمة هو حرمة أن يتزوج المحرم أو يزوج غيره[٣] .

---

(١) سنن أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى « ٢٠٢هـ – ٢٧٥هـ » جـ ٢ ص ١٠٩

(٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٣ و ١٤

(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥

الإجابة الثانية : أن حديث عثمان بن عفان « لا ينكح المحرم ولا ينكح » يقعد قاعدة وأما حديث ابن عباس فواقعة عين تحتمل احتمالات متعددة .

من هذه الاحتمالات أن ابن عباس كان يذهب إلى أن من قلد الهدى يصير محرما والرسول صلى الله عليه وسلم كان قد قلد الهدى فى عمرته تلك التى تزوج فيها ميمونة ، وعلى ذلك فيكون معنى قول ابن عباس : أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو محرم هو عقده عليها بعد أن قلد الهدى وإن لم يكن تلبس بالإحرام .

ومن هذه الاحتمالات أيضاً أن قول ابن عباس : تزوج ميمونة وهو محرم معناه أنه تزوجها وهو حلال داخل الحرم أو فى الشهر الحرام (١) ولهذا نظير فى كلام العرب قال الأعشى :

قتلوا كسرى بليل محرماً . أى قتلوه فى الشهر الحرام .

وقال شاعر آخر فى قتل عثمان رضى الله عنه :

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً . أى قتلوه فى البلد الحرام .

وإلى هذا الاحتمال مال ابن حبان (٢) وهو احتمال بعيد كما أشار إلى ذلك الشوكانى والصنعانى (٣) .

الإجابة الثالثة : أن حكاية صاحب القصة مرجحة على حكاية غيره لأنه أدرى بها وأعرف وصاحب القصة هنا ميمونة نفسها، وكذلك كان أبو رافع مشتركا فى القصة إذ أرسله الرسول صلى الله عليه وسلم سفيراً بينه وبين ميمونة

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٢٥

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٢١ وسبل السلام ج ٣ ص ١٢٥

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥ وسبل السلام ج ٣ ص ١٢٥

ليخطبها له وإذا ما نظرنا فى حكاية ميمونة فإننا نجدها تحكى أنها تزوجت الرسول صلى الله عليه وسلم وهو حلال ، فقد أخرج مسلم عن يزيد بن الأصم قال : حدثتنى ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال . قال : وكانت خالتى وخالة ابن عباس [١] وكذلك يؤكد هذا ما روى عن أبى رافع الذى كان سفيراً بينهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت الرسول بينهما .

فرواية ميمونة وأبى رافع مرجحة على رواية ابن عباس للمعنى الذى ذكر وهو ترجيح حكاية صاحب القصة على حكاية غيره ، لأن صاحب القصة أخبر من غيره [٢] .

وقد عورضت هذه الإجابة بأن رواية ابن عباس تثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم والروايات التى تخالفها تنفى أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو محرم ، والرواية المثبتة أولى بالقبول من الرواية النافية .

وأجيب عن هذا بأن رواية ميمونة وأبى رافع أيضاً مثبتتان لزواج النبى صلى الله عليه وسلم وهو حلال ، فالمقابلة هنا بين رواية تثبت ورواية أخرى تثبت كذلك [٣] .

الإجابة الرابعة : أن حديث « تزوج ميمونة وهو محرم » مخالف لرواية أكثر الصحابة ولم يروه كذلك إلا ابن عباس .

ورد على هذه الاجابة بأنه قد جاء مروياً عن عائشة وأبى هريرة رضى الله عنهما مثل ماروى عن ابن عباس فلم ينفرد ابن عباس من بين الصحابة بأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج وهو محرم [٤] .

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣١

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج ٢ ص ١٧٧

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥

(٤) فتح البارى ج ٩ ص ١٣١

وبعد ، فإن القلب يميل إلى ترجيح ما يراه جمهور العلماء من عدم جواز أن يزوج المحرم نفسه أو يزوج غيره .

وإذا كانت بعض إجابات الذاهبين إلى القول بتحريم نكاح المحرم على حديث ابن عباس غير قوية كما تبين لك مما ذكرنا إلا أنه يرجح القول بتحريم نكاح المحرم فى رأينا أمران :

الأمر الأول : ما أجاب به العلماء من أن صاحب القصة أخبر من غيره وقد صح أن السيدة ميمونة رضى الله عنها روت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال ، وصح أيضاً عن أبى رافع وقد كان ذا صلة بالقصة لأنه كان سفيراً للرسول صلى الله عليه وسلم فى خطبتها ، صح عنه أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال .

الأمر الثانى : أنه قد ثبت — كما قال العلماء — أن عمر وعليا وغيرهما من الصحابة فرقوا بين محرم نكح وبين امرأته ، ولا يكون هذا منهم إلا عن تثبت مما يفتون به (١) .

وعلى هذا فنستطيع الآن أن نقول : إن من شروط الزوج وكذا الزوجة والولى عدم التلبس بالإحرام .

وإذا كان لا يجوز للمحرم أن يتزوج فإنه لا يجوز له كذلك أن يوكل من ينوب عنه فى عقد نكاحه ، ولا أن يكون هو وكيلا عن آخر فى عقد النكاح والله أعلم (٢) .

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣١

(٢) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٨٥ ومغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب ج ٢ ص ٢١٧ و ٢١٨

شروط الزوجة

الشرط الأول : أن لا تكون محرمة بحج أو عمرة كما سبق أن أشرنا إليه في شروط الزوج .

الشرط الثاني : أن تكون معينة وهذا شرط في الزوج أيضاً كما سبق بيانه وذلك لأن كل عاقد ومعقود عليه لابد من تعيينهما كما في المشترى والشيء المبيع فإنه يجب تعيين المشترى ويجب أن يكون الشيء المبيع كذلك معينا .

وعلى هذا فإذا كانت المرأة التي يراد العقد عليها حاضرة فقال الولي مثلا : زوجتك هذه فقد حدث التعيين ، وذلك لأن الإشارة كافية في تعيينها ، فلو زاد الولي على ذلك فقال : بنتي هذه أو قال هذه فلانة كان ذلك تأكيدا منه .

ولو كانت المرأة غائبة فقال أبوها : زوجتك ابنتي ولم يكن له بنات غيرها كان ذلك كافيا أيضا فإن سماها فقال زوجتك ابنتي فلانة كان هذا تأكيدامنه

فإذا كان للرجل ابنتان أو أكثر فقال للزوج : زوجتك ابنتي ، فإن الحنابلة يرون أنه لا يصح العقد إلا إذا ضم إلى ذلك أمرا تتميز به ابنته هذه عن سائر بناته ، كاسمها فيقول مثلا : زوجتك ابنتي فلانة ، أو صفة كقوله : زوجتك ابنتي الكبرى ، أو الوسطى ، أو الصغرى ، فإن زاد على صفتها هذه فسماها كان ذلك تأكيداً ويرى فقهاء الحنفية أنه لو قال الولي : زوجتك ابنتي وكان للولي بنتان . فإن هذا لا يصح إلا إذا كانت إحداهما متزوجة أو كانت إحداهما محرمة على الزوج ، فينصرف العقد إلى غير المتزوجة أو غير المحرمة عليه(١) .

ولو كان للرجل ابنة واحدة اسمها فاطمة مثلا فقال : زوجتك فاطمة فإن

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج ٢ ص ٢٧٤

فقهاء الحنابلة يرون عدم صحة العقد إلا إذا قال مع ذلك : ابنتى لأن اسمها هذا مشترك بينها وبين كل من يسمون باسم فاطمة .

ويذهب البعض من الشافعية أن هذا صحيح إذا كان فى نية كل من الولى والزوج أن المعقود عليها هى فاطمة ابنة الولى(١) .

وقد سبق أن أشرنا لك عند الكلام على شروط الصيغة فى النكاح أن فقهاء الشافعية يرون أن الكناية فى المعقود عليها لا تبطل الصيغة فيكون هذا متفقاً مع مايراه بعضهم من صحة قول الولى الذى ليس له إلا ابنة واحدة تسمى فاطمة : زوجتك فاطمة كما هو المثال السابق .

وكذلك لا يصح العقد إذا كان قد خطب امرأة فسمى له فى العقد غيرها ، فقبل الخاطب فى عقد الزواج وهو يظن أنها المخطوبة(٢) .

الشرط الثالث : أن تكون خالية من نكاح وعدة ، فلا يصح أن يعقد على المتزوجة أو المعتدة (٣) من غيره ، وأما إذا كانت معتدة منه فيصح إذا لم تكن مبتوتة .

الشرط الرابع : أن تكون أنوثتها متيقنة ، وعلى هذا فلا يصح العقد على خنثى حتى ولو بان أنه أنثى بعد العقد(٤) .

الشرط الخامس : وهو شرط يشترطه المالكية وهو عدم المرض المخوف فى كل من الزوج والزوجة ، كما بينا ذلك آنفا عند الكلام على شروط الزوج .

الشرط السادس : عدم الإكراه فلا يصح نكاح مكرهة إلا إذا ثبتت ولاية الإجبار(٥) ويفسخ النكاح إذا حدث الإكراه كما بين ذلك الفقهاء .

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

(٢) المحرر لابى البركات ج ٢ ص ١٤ مطبعة السنة المحمدية

(٣) الوجيز لحجة الاسلام الغزالى الجزء الثانى ص ٣ طبع مطبعة حوش قدم .

(٤) حاشيه الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٨٥ و ٨٦

(٥) المقدمات الممهدات لمحمد بن أحمد بن رشد ج ٢ ص ٣٣

الشرط السابع : أن لا تكون محرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة .

الشرط الثامن : أن تكون مسلمة أو كتابية حرة . فأما إذا كانت غير مسلمة وغير كتابية كأن كانت مجوسية أو وثنية أو مرتدة فلا يصح العقد عليها ، وكذلك إذا كانت أمة كتابية لا يصح نكاحها (١) .

هذا ، ونحب أن نبين أن العلماء لم يتفقوا على جواز الزواج من الكتابيات ، ولهذا سنذكر آراء العلماء فى نكاح الكتابيات وما استندت إليه هذه الآراء ، ثم نرجح فى النهاية الرأى الذى نراه .

خلاف العلماء فى نكاح الكتابيات :

يختلف العلماء فى نكاح الكتابيات على رأيين :

الرأى الأول ودليله :

يجوز نكاح الكتابيات وهن اليهوديات والنصرانيات ، وهو ما يراه جماعة من الصحابة ، والتابعين ، فعن عثمان ، وطلحة ، وابن عباس ، وجابر وحذيفة ، ومن التابعين سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، والحسن ، ومجاهد ، وطاووس ، وعكرمة والشعبى وغيرهم (٢) وعليه أصحاب المذاهب الأربعة أبو حنيفة (٣) ، ومالك (٤) ، والشافعى (٥) ، وأحمد (٦) . وعليه أيضا أصحاب المذهب الظاهرى (٧) .

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبى ج ٣ ص ٦٨

(٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام ج ٢ ص ٣٧٢

(٤) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٢ ص ٢١٦

(٥) الأم ، للامام الشافعى ج ٥ ص ٦ ، ونهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٢٢ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الانصارى ج ٤ ص ١٩٣

(٦) المغنى ، لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠٠ ، وشرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس ج ٣ ص ٣٦

(٧) المحلى ، لابن حزم ج ٩ ص ٤٤٥

إلا أن أصحاب هذا الرأى مختلفون فى المستند الذى يستندون إليه فى جواز نكاح الكتابيات ، فبعضهم يرى أن الله تبارك وتعالى حرم نكاح المشركات فى سورة البقرة فى قوله سبحانه : (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)[1] . ثم نسخ من جملة المشركات نساء أهل الكتاب فأحل نكاحهن فى سورة المائدة فى قول الحق عز وجل : (واليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) الآية[2] .

وبعضهم يرى أن الآية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) عامة فى تحريم كل كافرة . ولكن هذا العموم مخصص بآية المائدة التى بينت حل زواج الكتابيات »[3] .

الرأى الثانى ودليله :

هذا الرأى يرى أنه لا يجوز نكاح الكتابيات ، وأصحاب هذا الرأى يرون أن آية البقرة التى حرمت نكاح المشركات هى التى نسخت آية المائدة التى تحل نكاح الكتابيات ، فقالوا بتحريم النكاح من كل مشركة سواء أكانت كتابية أم غير كتابية .

ومما يحتج به لهذا الرأى ، ما رواه نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال : حرم الله المشركات على المؤمنين ولا أعرف شيئا من الإشراك أعظم من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله عز وجل .

وروى أيضا عن عمر أنه فرق بين طلحة بن عبيد الله ، وحذيفة بن اليمان

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢١

(٢) سورة المائدة آية ٥

(٣) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ٦٧

وبين كتابيتين وقالا : نطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب ، فقال لهما عمر : لو جاز طلاقكما لجاز نكاحكما ، ولكن فرق بينكما صغرة قماة[١]

المناقشة : نوقش أصحاب الرأى الثانى بما يأتى :

أولا : يدعى أصحاب الرأى الثانى أن آية البقرة المحرمة لنكاح المشركات قد نسخت آية المائدة المبيحة لنكاح الكتابيات ، وهذا ممتنع ، وذلك لأن سورة البقرة من أول القرآن الذى نزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة ، وسورة المائدة من آخر مانزل عليه ، ومن المعقول أن يكون الذى نزل أخيراً هو الناسخ لما نزل أولا .

ثانياً : حديث ابن عمر الذى سبق أن احتجوا به على تحريم نكاح الكتابيات لا يعتبر حجة على دعواهم ، وذلك لأن ابن عمر رضى الله عنه كان رجلا متوقفاً ، فلما سمع الآيتين . آية البقرة وآية المائدة ، ورأى فى إحداهما تحريم النكاح من الكتابيات وفى الثانية تحليله ولم يعلم بالنسخ توقف ، ولم يؤخذ عنه ذكر النسخ وإنما تؤول عليه ، والناسخ والمنسوخ لا يؤخذان بالتأويل .

ثالثاً : وأما ما روى عن عمر وتفريقه بين طلحة بن عبيد الله وحذيفة بن اليمان وبين كتابيتين كانا قد تزوجاهما ، فقد قال ابن عطية فيه ، « هذا لا يستند جيداً ، وأسند منه أن عمر أراد التفريق بينهما ، فقال حذيفة ، أتزعم أنها حرام فأخل سبيلها يا أمير المؤمنين ! فقال : لا أزعم أنها حرام ولكنى أخاف أن تعاطوا المومسات منهن[٢] .

الرأى المختار :

والرأى المختار هو القائل بجواز نكاح الكتابيات بعد ما تبين من ردود القائلين بالجواز على القائلين بالمنع .

(١) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٦٧ ، ٦٨ (٢) سورة آل عمران آية ١٩٩

هذا ، ونحب هنا أن نبين فى ختام هذه المسألة أمرين ..

الأمر الأول : أن بعض العلماء يرى أنه لا يتعارض بين الايتين ، وذلك لأن لفظ المشركين باطلاقه ليس متناولا لأهل الكتاب ، والدليل على ذلك أن القرآن الكريم فرق بين أهل الكتاب والمشركين فى اللفظ وعطف أحدهما على الاخر ، فقال سبحانه : (مايود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير ربكم)[١] وقال عز وجل : (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا)[٢] وقال سبحانه : (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة)[٣] وإذا ما كان أحدهما معطوفا على الآخر فإن ظاهر العطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون الذين كفروا من أهل الكتاب غير المشركين)[٤] .

الأمر الثانى : .. أنه قد يقول قائل : أن المراد بقول الحق سبحانه : (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) هو الذين أوتوا الكتاب من قبلنا ثم أسلموا بعد ظهور الإسلام ، كما فى قول الحق تبارك وتعالى . (وأن من أهل الكتاب لمن يؤمن بالله وما أنزل إليكم)[٥] .

والجواب أن هذا خلاف نص الآية فى قوله سبحانه (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، وخلاف ما قاله جمهور العلماء ، فإنه ليس بمشكل على أحد أنه يجوز التزوج بمن أسلم وصار من المسلمين ، فالآية بهذا الفهم لا تأتى بحكم غير معروف للناس .

---

(١) سورة البقرة آية ١٠٥ (٢) سورة المائدة آية ٨٢

(٣) سورة البينة الآية الأولى .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٦٩ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٠٠، ٥٠١

(٥) سورة آل عمران آية ١٩٩

وإن قال قائل أيضاً : أن الله تبارك وتعالى قد قال : (أولئك يدعون إلى النار) بعد قوله سبحانه : (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) وهو ما يفيد أن العلة فى تحريم نكاح المشركات هى الدعاء إلى النار .

والجواب عن هذا أن قوله تبارك وتعالى : (أولئك يدعون إلى النار) علة لقوله تعالى : (ولأمة مؤمنة خير من مشركة) لأن المشرك يدعو إلى النار وهذه العلة مطردة فى جميع الكفار ، فالمسلم خير من الكافر مطلقا(١) .

وبعد فهناك شروط اشترطها بعض الذين أجازوا نكاح الكتابيات ويمكن أن يرجع إليها فى أبواب النكاح والصيد والذبائح(٢) .

وبهذا ينتهى الكلام عن الركن الثانى ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام عن الركن الثالث وهو موضوع الفصل الرابع .

---

(١) انظر مثلا : الأم للإمام الشافعى ج ٥ ص ٦ وانظر : نهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٢٢ ومابعدها وانظر : حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى ج ٤ ص ١٩٣ وانظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠٠ ومابعدها، وانظر شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس ج ٣ ص ٣٦ وانظر فتح القدير للكمال ج ٢ ص ٣٧٢

(٢) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٦٩

الفصل الرابع

الركن الثالث : الولى

ويشتمل على ما يأتى :

١ – معنى الولاية وأسبابها .
٢ – من هو الولى فى الزواج؟
٣ – آراء العلماء فى عقد الزواج بعبارة المرأة .
٤ – شروط الولى .
٥ – ترتيب الأولياء .
٦ – ولاية الابن على أمه فى الزواج .
٧ – هل لغير العصبات من الأقارب ولاية ؟
٨ – إذا اجتمع الأولياء فى درجة واحدة .
٩ – تزويج الولى الأبعد مع وجود الولى الأقرب .
١٠ – عقد الوليين لرجلين .
١١ – غيبة الولى .
١٢ – المرأة التى ليس لها ولى .

تمهيد :

اختلف العلماء فى الولى هل يعتبر ركنا من أركان النكاح أم لا يعتبر اختلافا كبيراً وسنبين لك هذا الخلاف وأصحابه مدللين لكل رأى فى هذه المسألة مرجحين بعون الله تعالى فى النهاية مانراه مستحقا للترجيح .

وقبل أن نبين هذا يجب أن نمهد له بتوضيح معنى الولاية وأسبابها ومن هو الولى فى النكاح .

معنى الولاية

الولاية فى اللغة النصرة ، وهى تنطق بفتح الواو وكسرها ، والولى بوزن فعيل بمعنى فاعل ، من ولى فلان الأمر أى قام به ، وجمع الولى أولياء ، قال ابن فارس : « وكل من من ولى أمر أحد فهو وليه »(١) .

وأما معناها الفقهى فيمكن أن تعرف بأنها سلطة يقررها الشرع للشخص :

وتنقسم إلى قسمين :

الأول : الولايه القاصرة ، وهى سلطة مقررة من الشرع للشخص على نفسه .

الثانى : الولاية المتعدية أو الولايه التامة ، وهى سلطة مقررة من الشرع للشخص وينفذ بمقتضاها قوله على الغير سواء شاء أم أبى :

والقسم الثانى وهو الولاية المتعدية أو التامة ينقسم إلى قسمين :

الأول : الولاية العامة ، وهى ما كان سبب إثباتها سبباً عاما ، وذلك كالولاية الثابتة لرئيس الدولة على أفراد الشعب ، وولاية القضاء والشهادة(٢) .

---

(١) المصباح المنير ، الواو واللام وما مثلهما .

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام ج٢ ص٣٥٢ ، ص١٢ وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٢ .

الثانى : الولاية الخاصة ، وهى مالم يكن سبب إثباتها سبباً عاما . وهى إما أن تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

ومحل بحثنا هنا هو الولاية على النفس ، أى أن الولاية التى سنبحثها هى ولاية على النفس فى الزواج .

أسباب الولاية

تثبت الولاية بأربعة :

السبب الأول : الأبوة ، وفى معنى الأبوة : الجدودة ، فالجد فى معنى الأب وهذا السبب وهو سبب الأبوة هو أقوى أسباب الولاية ، لأن الشفقة تبلغ درجات الكمال عند الأب ، فمهما كملت الشفقة عند أحد لا تصل إلى درجة شفقة الأب على ابنه أو ابنته غالبا .

السبب الثانى : عصوبة من على حاشية النسب ، مثل الأخ والعم ، وابن الأخ وابن العم ...

السبب الثالث : وهو سبب كان موجوداً فى وقت وجود الرق ، وهو سبب الإعتاق ، فإذا أعتق السيد أمته أى الأنثى من الرقيق ، أى جعلها حرة بعد أن كان يملكها ، فيحق له أن يزوجها بسبب ولاية الإعتاق ، ومرتبته فى الولاية مثل مرتبة الأخ ، وعلى هذا فإذا كان للمرأة التى أعتقها سيدها أب كان الأب مقدما فى التزويج على المعتق ، لأن مرتبة المعتق كما قلنا مثل مرتبة الأخ ، والأب مقدم على الأخ ، لأن الأبوة هى أقوى أسباب الولاية لكمال الشفقة فى الأب كما قررنا سابقا .

السبب الرابع : رياسة الدولة ، فرئيس الدولة له الولاية العامة التى تثبت له حقا فى تزويج المرأة فى بعض الحالات ، فيحق له بالولاية العامة أن يزوج المرأة البالغة العاقلة بإذنها ، وليس له الحق فى تزويج صغار السن .

والحالات التى يجوز لرئيس الدولة أن يزوج المرأة — بصفته رئيساً للدولة — أربع حالات :

الحالة الأولى : عدم وجود ولى خاص للمرأة ، فإذا لم يكن للمرأة ولى خاص جاز لرئيس الدولة أو من ينوب عنه من قاض وغيره أن يزوجها .

الحالة الثانية : عند غيبة الولى الخاص ، فيجوز لرئيس الدولة أو من ينوب عنه أن يزوج المرأة إذ كان وليها الخاص غائباً واحتاجت إلى التزويج .

الحالة الثالثة : إذا أراد الولى الخاص الزواج بالمرأة التى هو وليها ، كابن العم مثلا إذا كان هو ولى بنت عمه وأراد أن يتزوجها ، فيزوجها ، له رئيس الدولة أو من ينوب عنه .

الحالة الرابعة : إذا عضل الولى الخاص أى منع زواج المرأة التى هو وليها ، فيحق للحاكم فى هذه الحالة أن يزوجها .

والعضل يحصل من الولى الخاص إذا تقدم كفء المرأة البالغة العاقلة فرفض وليها الخاص تزويجها به ، وأما إذا كان المتقدم للمرأة غير كفء فلوليها الخاص الحق فى منع تزويجها به ، وإذا حصلت الكفاءة فليس لوليها الامتناع من تزويجها لنقصان مهرها هكذا يرى الشافعية ويعللون هذا بأن المهر حقها المحصن فلها أن ترضى بنقصانه (١) .

وسنتكلم إن شاء الله عن العضل فيما يأتى بنوع من التفصيل وقد أفردنا له الفصل السادس من هذا البحث .

من هو الولى فى النكاح

أختلف العلماء فى الولى فى النكاح من هو ؟ فجمهور العلماء ومنهم مالك والثورى والليث والشافعى وغيرهم يرون أن الولى فى النكاح هو العصبة ، وعلى ذلك فولى المرأة فى النكاح هو الأقرب من عصبتها دون ذوى أرحامها ، فليس

(١) الروضه للامام النووى جـ ٧ ص ٥٣

للخال ، ولا والد الأم ولا الأخوة من الأم وما ماثلهم ولاية فى النكاح لأن هؤلاء ليسوا من العصبة بل هم من ذوى الأرحام .

وأما الحنيفة فإنهم يذهبون إلى أن ذوى الأرحام أيضاً يعيدون من الأولياء فى النكاح .

المرأة وولاية الزواج

هل يصح أن تتولى المرأة عقد الزواج . متعقد العقد بنفسها لها أو لغيرها أم لايصح لها ذلك .

اختلف العلماء فى هذا اختلافا كبيرا ، وسنبين لك ذا الخلاف وأصحابه مستدلين لكل رأى فى هذه المسألة ، مرجحين بعون الله تعالى فى النهاية مانراه من الآراء مستحقا للترجيح .

وإليك فى البدء تحديد موضع الخلاف بين العلماء .

موضع الخلاف

اتفق العلماء على أن المرأة الحرة البالغة العاقلة إذا عقد وليها نكاحها أو وكل هذا الولى غيره فى هذا العقد يكون نكاحاصحيحاً ونافذاً إذا رضيت به .

أما إذا باشرت المرأة المذكورة هذا العقد بالأصالة عن نفسها ، أو بالوكالة عن غيرها ، أو وكلت غير وليها ليباشر هو العقد ، فهنا موضع الخلاف فى صحة هذا النكاح ونفاذه[١] .

---

(١) بحوث فى الفقه المقارن لأستاذنا المرحوم مصطفى مجاهد عبد الرحمن ص ٦٩ مطبعة الاعتصام .

آراء العلماء

الرأى الأول .

يرى أن النكاح لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ، ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت لم يصح النكاح ، وهذا هو مايراه الجمهور ، ومنهم عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ، وأبو هريرة وعائشة رضى الله عنهم وغيرهم من الصحابة وحتى لقد ذكر ابن المنذر أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك ، وإلى هذا الرأى أيضا ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن البصرى ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبرى ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابن حزم والإباضية من فرق الخوارج ، والزيدية(١) .

وكذلك ذهب إلى هذا الرأى مالك فى رواية أشهب عنه(٢) .

وإذا كان بعض العلماء يحكى عن مالك أنه يوافق جمهور العلماء فى أن النكاح لا يكون إلا بولى ، فإن هناك رأيا آخر يحكى عنه رضى الله عنه ، هو أنه كان يرى إن كانت المرأة غير شريفة زوجت نفسها ، وأما إذا كانت شريفة فلابد فى نكاحها من الولى(٣) .

وهذا يوهم فى ظاهره أن المرأة إذا كانت غير شريفة فإن نكاحها صحيح إذا باشرته بنفسها ، ولكننا نرى رواية ثالثة عنه أنه كان يرى التفرقة بين

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٣٧ ونيل الأوطار ج٦ ص ١١٩ وتفسير القرطبى ج ٣ ص ٧٢ والمحلى ج٩ ص٦٩ ٤ وفتح البارى ج ٩ ص١٤٨ والعدة شرح العمدة لعبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى ص ٣٦١ وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش فى فقه الإباضية ج٦ ص ١٠٠ والتاج المذهب لأحكام المذهب لأحمد بن قاسم العنسى ج٢ ص ٢٢

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص٩ والجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٣ ص ٨٢

(٣) فتح البارى ج٩ ص١٤٨ وسبل السلام ج٣ ص١١٧ ونيل الأوطار ج ٦ ص ١١٩ والحاوى الكبير للماوردى ج ١٢ ورقة رقم ١٨

الشريفة ، والدنيئة ، فأما الدنيئة ، كالسوداء ، أو التى أسلمت ، أو الفقيرة . إذا زوجها غير وليها فالنكاح جائز . وأما المرأة الشريفة فإن زوجها غير وليها فإن النكاح لا يصح ، إلا إذا أجازه وليها أو السلطان فيصح .

وكذلك لا يفسخ نكاح الشريفة إذا تقادم أمرها وولدت له الأولاد(١) .

ولهذا الاختلاف فى رواية مايراه الإمام مالك رضى الله عنه فإننا نحب أن نعرج على ما كتبه المالكية لنرى موقف الفقه المالكى من هذه القضية التى نحن بصددها الآن ، فهم أدرى من غيرهم بما يذهبون إليه .

تحقيق رأى المالكية

الراجع إلى كتب المالكية يرى أنهم يبينون أن المرأة يختلف حكمها فى النكاح باختلاف حالها من ناحية الشرف وغيره .

المرأة إما شريفة أو غير شريفة ومعنى كل منهما :

فالمرأة إما أن تكون شريفة ، أو دنيئة ، أى غير شريفة ، وهم يقصدون بالدنيئة المرأة الخالية من الجمال . والمال ، والحسب ، والنسب .

فأما الخالية من النسب فهى بنت الزنا ، أو بنت الشبهة . أو المعتوقة من الجوارى .

وقد فسر بعض المالكية الحسب بأنه ما يعد من مفاخر الآباء من الأخلاق . وذلك كالعلم والحلم والتدبير والكرم والصلاح وما ماثل ذلك من محاسن الأخلاق(٢) ولم يسلم البعض منهم هذا المعنى وغلطه مستدلا بما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : كرم المؤمن دينه ، ومروءته عقله وحسبه خلقه ، رواه أحمد ، والحاكم ، والبيهقى ، فليس شرف المرء بشرف آبائه ، بل بشرف أخلاقه ، وعلى هذا فما دامت المرأة عفيفة صينة حيية لا ترضى الدناءات فهى شريفة(٣) .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٥٥ (٢) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٦

(٣) حاشية البنانى على شرح الزرقانى ج ٣ ص ١٧٦ .

وبين فقهاء المالكية أن المرأة لو اجتمع فيها صفتا الجمال والغنى لاتعد دنيئة وإن لم يكن لها من هاتين الصفتين حسب ولا نسب .

وكذلك لايعدون المرأة النسيبة دنيئة حتى ولو كانت فقيرة أو قبيحة ، وكل امرأة جمعت بين صفتين من الصفات الأربع المتقدمة تعد شريفة، بل تعتبر شريفة على رأى بعض المالكية إذا اتصفت بصفة واحدة من هذه الصفات[1] .

ولقد بين فقهاء المالكية أنهم عندما يمثلون للمرأة الدنيئة بالسوداء ، والمسلمانية والمعتقة . فإنما يريدون بالسوداء قوماً من القبط كانوا يقدمون من مصر إلى المدينة وهم سود كما هو المنقول عن مالك رضى الله عنه[2] .

وعلى هذا فليست كل سوداء غير شريفة، بل هؤلاء القوم خاصة . وكذلك بينوا أن وصف الدناءه لايعم جميع من أسلم ، ولا جميع من أعتق ، قال الشيخ البنانى معللا لهذا الرأى[3] ، لأن كل واحد منهن قد تكون من ذوات الأقدار التى يرغب فيها ، ثم يصرح البنانى بأن المراد من كان منهن غريباً غير معروف ، ولا مال له ولا جمال ، واستشهد بقول الشيخ زروق فى شرح الإرشاد ، فإنه قال هناك : « فإن زوج بالولاية العامة مع وجود الخاصة ،فإن كانت دنيئة كالسوداء والمسلمانية ، ومن فى معناهما ممن لايرغب فيه بحسب ولا مال ولا جمال ولا حال صح ، ثم قال البنانى : « ومقتضاه أن من يرغب فيها منهن بواحد مما ذكر شريفة وهو ظاهر » .

ويميل الدردير من علمائهم إلى أن المرأة إذا كانت من قوم فقراء ،شأنهم

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٨

(٢) شرح الزرقانى على المختصر ج ٢ ص ١٧٦

(٣) حاشية البنانى ج ٢ ص١٧٦ .

أن يكونوا خدمة للناس ، ولا ديانة عندهم ، ولا صيانة ، تعتبر دنيئة ، وذلك لأن هؤلاء وأن عرف نسبهم فهم لعدم دياناتهم وصياناتهم وكونهم مسخرين تحت أيدى الناس لا يلتفت إليهم[١] .

وإذا ما وضح المعنى من الشريفة وغير الشريفة عند علماء المالكية ، فإننا ننتقل الآن إلى بيان ما يرونه من ناحية الولى فى نكاح كل منهما ، وحتى يكون رأيهم واضحاً فى هذا الخصوص ، نحب أن نمهد ببيان أن الولاية عندهم ولايتان :

إحداهما : الولاية الخاصة وهى من أربعة أوجه ، لأنها إما أن تكون بنسب ، أو خلافه نسب ، أو ولاء ، أو سلطان .

وأما الولاية الثانية فهى الولاية العامة وقد بين المالكية أنها ولاية الإسلام، وحكمها أنها تجوز عند تعذر الولاية الخاصة .

وهى ثابتة لكل مسلم حر ، فكل المسلمين الأحرار فى النكاح بعضهم أولياء بعض[٢] . لا يختص بتلك الولاية شخص دون شخص آخر ، بل لكل واحد فيها مدخل ، سواء أكانت المرأة شريفة أم غير شريفة[٣] وقد استدلوا بقول الحق سبحانه : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض »[٤] .

حكم الولى فى نكاح غير الشريفة :

وإذا ما علمنا قسمى الولاية عندهم فإن المالكية يصحون نكاح غير الشريفة إذا تولاه من له الولاية العامة مع وجود الولى الخاص ، ولكن بشرط أن يكون هذا الولى الخاص لا يصح له إجبارها فى النكاح كما إذا كانت ثيبا بالغا أو كانت

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف الشهير بالمواق ج ٣ ص ٤٢٩

(٣) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٦ (٤) سوره التوبة آية ٧١ .

بكرا بالغا رشدها أبوها بأن قال لها مثلا رشدتك ، أو أطلقت يدك. أو رفعت الحجر عنك أو نحو ذلك[١] أو كانت بكرا لا أب لها ، ولا وصى لها .

فإذا حدث وزوجها أى رجل من عامة المسلمين حينئذ فإن هذا النكاح صحيح عندهم ، ولا يفسخ بأى حال من الأحوال سواء طال الزمن بعد العقد أم لم يطل ، وسواء أدخل الزوج بها أم لم يدخل ، وذلك لأنها لدناءتها وعدم الالتفات إليها لا يلحقها بذلك معرة[٢] .

وأما إذا كان للولى الخاص حق إجبارها فى النكاح كما إذا كان للمرأة أب رشيد وهى ثيب صغيرة ، أو بكر لم يرشدها أبوها فإنه لا يجوز لمن له الولاية بالإسلام أن يزوجها مع وجود هذا الولى الخاص المجبر .[٣] يقول الدسوقى أحد علماء المالكية : « وأما لو عقد النكاح بالولاية العامة مع وجود الولى الخاص المجبر كالأب فى ابنته . والسيد فى أمته كان النكاح فاسدا ويفسخ أبداً ولو أجازه المجبر[٤] .

حكم الولى فى نكاح الشريفة :

ماسبق كان هو مايختص بالمرأة غير الشريفة . وأما المرأة الشريفة فإن المالكية صححوا نكاحها بالولاية العامة مع وجود الولى الخاص الذى ليس له إجبارها على النكاح ، بشرط أن يكون الزوج قد دخل بها وطال زمن هذا الدخول ، بأن تكون قد ولدت ولدين فى مرتين ، أو يكون قد مضى زمن يماثل ذلك كثلاث سنوات .

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٣

(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٨

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٦

(٤) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٦

الحكم إذا لم يطل الزمن بعد الدخول :

وأما إذا لم يطل الزمن بعد الدخول فإن لوليها الخاص أن يفسخ هذا النكاح وله كذلك حق أجازته[١] .

وهذا الحق ثابت للولى الأقرب إذا وجد الولى الأقرب والأبعد ، وهو أيضا ثابت للولى البعيد عند عدم القريب .

وهو كذلك ثابت للحاكم فى حالتين :

إحداهما : عند وجود الولى العاصب .

والثانية عند وجود الولى العاصب لكنه كان غائبا على ثلاثة أيام فأكثر ، وأما إذا كان الولى العاصب غائبا غيبة مرية فإن على الحاكم أن يكتب إليه ويوقف الزوج عنها[٢] .

الحكم إذا طال الزمن بعد العقد وقبل الدخول :

وأما إذا عقد نكاح الشريفة بالولاية العامة فى حالة وجود الولى الخاص الذى ليس له حق إجبارها فى النكاح ، وكان الزمن قد طال بعد العقد وقبل الدخول ، سواء أكان قد دخل بها أم لم يدخل فإن عندهم احتمالين :

أحدهما : أن النكاح يتحتم فسخه .

ثانيهما : أنه لا يتحتم فسخ النكاح ، بل الولى الخاص مخير بين أن يجيزه وأن يرده أى يفسخه ، وينبغى أن يلاحظ أن المرجع فى اعتبار الزمن قد طال هنا أو لم يطل إلى العرف ، فما اعتبره عرف الناس زمنا طويلا فهو طويل وما لا يعتبره كذلك فغير طويل[٣] .

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١١٦

(٣) الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٦ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٦ .

حكم إقدام الولى العام على التزويج مع وجود الولى الخاص :

علمنا فيما سبق الحكم من ناحية صحة النكاح وعدم صحته ، وأما من ناحية حكم الإقدام على تزويج الولى العام مع وجود الولى الخاص فقد اختلف المالكية فيه على رأيين :

أحدهما يقول بعدم الجواز والثانى يقول بالجواز(١) .

وبعد ، فما تقدم كان بيانا لموقف فقهاء المالكية من اشتراط الولى فى النكاح ، ومنه يتضح أنهم لم يقولوا بصحة النكاح إذا باشر العقد فيه المرأة نفسها ، ولكنهم تكلموا عن صحته فى بعض الحالات بدون أن يتولى عقده الولى الخاص للمرأة بل تولاه غيره بالولاية العامة .

فوجود ولى إذن - كما قد بدا من كتاباتهم - لابد منه فى صحة النكاح وهذا ما يجعلنا نميل إلى ترجيح الرواية التى نقلها أشهب عن مالك وهى التى ذهب فيها إلى أن النكاح لا يكون إلا بولى وأن الولاية شرط فى صحة النكاح(٢) وبخاصة وأنه يجوز حمل الرواية الأخرى التى نقلت عنه والتى يذهب فيها إلى أن المرأة إذا كانت غير شريفة زوجت نفسها نقول : يجوز حمل هذه الرواية على زواجها بولى عام من غير إذن وليها الخاص لها ، ومما يعطى اطمئنانا إلى هذا الحمل هو أننا نجد بعض كتابات المالكية تشير إلى مثل هذا الذى ذكرناه فقد وردت عبارة فى كتبهم نصها : « يكره أن يتزوج الرجل امرأة بغير إذن ولى » وقد فسرها أبو الحسن بقوله : « يعنى ولى خاص » ومما يقوى المعنى الذى نذهب إليه أيضا هو أننا نجد علماء المالكية يسوقون هذه العبارة وتفسيرها فى مقام بيان حكم الإقدام على تزوج المرأة بالولاية العامة مع وجود وليها الخاص(٣) .

---

(١) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٠٨ (٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩

(٣) مواهب الجليل جـ٣ ص ٤٣٠ ، وانظر المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن عبد الرحمن بن قاسم جـ٤ ص ٢٨ ونصها « قلت =

والنتيجة التى نصل إليها الآن بعد كل ما تقدم هى أن الإمام مالكا رضى الله عنه . وأتباع مذهبه . يقفون مع جمهور العلماء الذاهبين إلى أن النكاح لا يصح إلا بولى .

ولننتقل الآن إلى بيان بقية الآراء فى مسألة الولى فى النكاح .

الرأى الثانى من الآراء : أن للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا . غير أنه خلاف المستحب ، وهذا هو إحدى روايتين منقولتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه[(١)] وأما الرواية الثانية المنقولة عنه فهى الرأى الثالث الآتى ذكره عقب هذا . ويرى الإمامية من الشيعة أن المرأة ما دامت بالغة رشيدة فإنه يصح عقد الزواج بدون الولى ، وهذا هو الرأى الأصح فى فقههم[(٢)] .

الرأى الثالث : أن المرأة إن كانت قد عقدت نكاحها على زوج كفء جاز هذا النكاح ، وأما إذا كانت قدعقدت على غير كفء فلايصح[(٣)] . وهذا الرأى هو الرأى فى الرواية الثانية المنقولة عن أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهى المختارة عند الحنفية للفتوى . وإن كان الكمال بن الهمام أحد كبار فقهائهم يرى[(٤)] أنه ينبغى أن يفيد عدم الصحة المفتى به . بما إذا كان للمرأة أولياء أحياء وذلك لأن القول بأن المرأة لا يصح نكاحها إذا عقدت على غير كفء إنما

= (القائل سحنون) : أرأيت لو أن رجلا تزوج امرأة بغير أمر الولى ، أيكره له مالك أن يطأها حتى يعلم الولى بنكاحه ، فإما إن أجاز وإما إن رد ، قال (أى ابن القاسم): لم أسمع من مالك فى هذا شيئا ، إلا أن مالكا يكره له أن يقدم على هذا النكاح فكيف لا يكره له الوطء

(١) فتح القدير ج٢ ص٣٩١ (٢) المصدر السابق ج٢ ص ٣٩١

(٣) المختصر النافع فى فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلى ص ١٩٥ مطبعة النعمان ، وشرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام لجعفر بن الحسن ج ٢ ص ٢٧٤ ، ص٢٧٨

(٤) الكفاية بين الزوجين أن يكونا متساويين فى أمور خاصة وسنبين هذه الأمور فى الفصل السادس إن شاء الله

كان مستنده هو دفع الضرر المعنوى الذى يلحق بأوليائها ، لأن الأولياء كما يتفاخرون بعلو نسب من صاهرهم ، فإنهم يتعيرون بدناءة نسبه وانحطاط مكانته وإذا ما كان الأمر كذلك فإنه فى حالة عدم الأولياء فإن حقها فى الزواج من كفء قد أسقطته بكونها رضيت بالزواج من غير الكفء .

الرأى الرابع : أنها إذا عقدت نكاحها بنفسها فإن هذا النكاح لا يجوز حتى يجيزه الولى ، أو الحاكم ، فلا يحل للزوج وطؤها قبل الإجازة ولو وطئها يكون وطءا حراما . ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر . سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء ، وهذا الرأى نقله صاحب البدائع عن محمد بن الحسن أحد كبار أئمة الحنفية ، ونقله أيضا عن أبى يوسف فى إحدى الروايات عنه [١] وكذلك نقله الكمال بن الهمام عن محمد بن الحسن فى إحدى روايتين عنه . إلا أن الرواية التى نقلها الكمال بن الهمام فيها - زيادة على أن النكاح موقوف على إجازة الولى إن أجازه نفذ وإلا بطل - أن الزوج إذا كان كفءا وامتنع الولى عن إجازة هذا النكاح فإن القاضى يجدد العقد ولا يلتفت إليه [٢] .

ويوضح لنا الجصاص أحد مشاهير علماء الحنفية أن الروايات قد اختلفت فى بيان رأى أبى يوسف ، بيد أن المشهور عنه أنه قال : لا يجوز النكاح بغير ولى . فإن سلم الولى جاز ، وإن أبى أن يسلم والزوج كفء أجازه القاضى ، ثم قال الجصاص : « وإنما يتم النكاح عنده (أى عند أبى يوسف) حين يجيزه القاضى [٣] » .

وذكر صاحب المعانى هذا الرأى منسوبا إلى أبى يوسف أيضا إلا أنه صور هذا الرأى بأنه لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولى . فإن فعلت كان موقوفا على

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٤٧ (٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١

(٣) انظر أحكام القرآن لأحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ج ١ ص ٤٧٤

إجازته ، ولم يتعرض تصوير الرأى إلى بيان الحكم فيما إذا كان الزوج كفءا وامتنع الولى عن الإجازة كما هو تصوير الكمال بن الهمام السالف ذكره .

وكما نسب صاحب المغنى هذا الرأى إلى أبى يوسف نسبه أيضا إلى ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وغيرهم(١) .

ويوضح الماوردى وضوحا أكثر عند حكايته لرأى أبى يوسف ، فيقول : « وقال أبو يوسف : تأذن لمن شاءت من الرجال فى تزويجها دون النساء ، ويكون موقوفا على إجازة وليها(٢) » .

وقد ظهر من هذه الروايات التى اختلفت فى نقل رأى أبى يوسف أن المنقول عنه هم رأيان :

أولهما : أن المرأة إذا عقدت نكاحها بنفسها فإن هذا النكاح يجوز إذا أجازه الولى .

وثانيهما : أن المرأة لا يصح نكاحها إلا إذا تولى عقد النكاح رجل ، غير أنه لا يشترط أن يكون هذا الرجل هو وليها ، فيجوز أن تأذن لمن شاءت من الرجال فى تزويجها وتكون صحة العقد متوقفة على إجازة الولى .

الرأى الخامس : أن النكاح بعبارة المرأة يصح إذا كانت ثيبا وباطل إذا كانت بكراً ، وقد نسب ابن رشد والماوردى هذا الرأى إلى داود الظاهرى(٣) أو نسبه كل من الصنعانى(٤) والشوكانى(٥) إلى الظاهرية وهذه النسبة التى نسبها كل من الصنعانى والشوكانى تحتمل احتمالين :

أولهما : أن داود بن على هو صاحب هذا الرأى ، ولكن لما كان داود هو إمام المذهب الظاهرى فإن الرأى الذى يقوله يصح نسبته إلى الظاهرية ،

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٧ (٢) الحاوى للماوردى ج ١٢ ورقة رقم ١٨
(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٩ و ١٠ والحاوى ج ١٢ ورقة ١٨
(٤) سبل السلام ج ٣ ص ١١٧ (٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٦

كما يصح مثلا أن ننسب رأيا قاله الإمام أبو حنيفة إلى الحنفية ورأيا قاله الإمام الشافعى إلى الشافعية .

وأما الاحتمال الثانى فهو أن هذا الرأى ليس هو رأى داود وحده بل هو ما يراه داود وابن حزم جميعا .

وسواء أكان هذا الرأى منسوبا إلى داود بن على وحده أو إليه وابن حزم جميعاً . فإن هذا غير صحيح من وجهين :

الأول : أن ابن حزم قد نقل عن داود بن على - وهو أدرى بمذهب إمامه أنه قال : « وأما البكر فلا يزوجها إلا وليها وأما الثيب فتولى أمرها من شاءت من المسلمين ، ويزوجها ، وليس للولى فى ذلك اعتراض[1] » .

وهذا يفيد أن داود رضى الله عنه كان يرى فى الثيب رأيا يوافق إحدى الروايات المنقولة عن مالك رضى الله عنه فى شأن غير الشريفة من أن نكاحها يجوز إذا زوجها غير وليها الخاص كما سبق بيانه .

وعلى هذا فإن الثيب أيضا فى رأى داود بن على لابد فى صحة نكاحها من أن يكون بعبارة ولى . ولا يصح بعبارتها هى . وغاية الأمر أنه ليس بلازم أن يكون من تولى عقد نكاحها هو وليها الخاص .

الوجه الثانى : أن ابن حزم كان يقف مع جماهير علماء الأمة فى أن النكاح لا يصح إلا بولى سواء أكانت المرأة بكرا أو ثيبا يقول ابن حزم[2] : « ولا تكون المرأة وليا فى النكاح » . ويقول أيضا « إن المرأة لا تكون وليا فى إنكاح أحد أصلا[3] » .

والنتيجة التى نصل إليها هى أن الظاهرية ليسوا من القائلين بأن النكاح من غير ولى صحيح إذا كانت المرأة ثيبا ، وباطل إذا كانت بكرا .

الرأى السادس : أن للمرأة أن تنكح نفسها إذا أذن لها وليها فى ذلك ،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٥٥ (٢،٣) المصدر السابق جـ ٩ ص ٤٦٩

فإذا لم يأذن لها فإن النكاح حينئذ باطل ، وقد نسب ابن حجر هذا الرأى إلى أبى ثور[١] وكذلك فعل كل من الماوردى[٢] والصنعانى[٣] والشوكانى[٤] .

وعلى هذا فأبو ثور يرى أن المرأة يصح أن تعقد نكاحها بعبارتها مادامت قد حصلت على إذن وليها فى ذلك ، ولكن ما نقل عن أبى ثور فى رواية أخرى نقلها عنه ابن حزم يختلف عن هذا اختلافا كبيرا قال ابن حزم[٥] : « وقال أبو ثور : لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها ولا أن تزوجها امرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز ، المؤمنون إخوة ، بعضهم أولياء بعض » .

وهذا صريح فى أن المرأة حتى لو أذن لها وليها لا يجوز أن تزوج نفسها ولا غيرها ، ولكنه - كالرواية التى نقلت عن مالك فى غير الشريفة - يصح زواج المرأة إذا عقده غير وليها الخاص سواء أذن لها وليها أم لم يأذن . وسواء أكانت بكرا أم ثيبا[٦] .

وذكر الكاسانى هذا الرأى منسوبا إلى محمد بن الحسن فى إحدى الروايات عنه ، غير أنه حكاه عنه مبينا حكم ما إذا كان للمرأة ولى ، وما إذا لم يكن لها ولى ، قال الكاسانى[٧] « وروى عن محمد أنه إذا كان للمرأة ولى لا يجوز نكاحها إلا بإذنه وإن لم يكن لها ولى جاز إنكاحها على نفسها » .

وبعد فبهذا نختتم كلامنا عن آراء العلماء فى المرأة هل يصح الزواج بعبارتها أم لا ، وننتقل بعد ذلك إلى البراهين التى استند إليها العلماء فيما أبدوه من رأى ، بادئين بذكر براهين جماهير علماء الأمة على ما ذهبوا إليه من عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصلا .

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٨ (٢) الحاوى الكبير ج١٢ ورقة رقم ١٨
(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١١٧ (٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٩
(٥) المحلى ج ٩ ص ٤٥٥ .
(٦) بحوث فى الفقه المقارن لأستاذنا المرحوم مصطفى مجاهد عبد الرحمن من ٦٠-٦٤
(٧) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٢ ص ٢٤٧

براهين الجمهور

البرهان الأوول :

قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف[١] .

ومعنى العضل : المنع . يقال : عضل فلان ابنته . إذا منعها من التزوج ، فهو يعضلها بضم الضاد وبكسرها أيضا .

وأصل العضل فى اللغة الضيق ، يقال : عضلت المرأة إذا نشب الولد فى بطنها . ويقال : عضلت الأرض بالجيش ، أى ضاقت بهم لكثرتهم ، وأعضل المريض الأطباء أى أعياهم ، ويقال داء عضال للأمر إذا اشتد ، ومنه قول الشاعر :

وليس أخوك الدائم العهد بالذى　　يذمك إن ولى ويرضيك مقبلا
ولكنه النائى إذا كنت آمنا　　وصاحبك الأدنى إذا الأمر أعضلا[٢]

وهذه الآية الكريمة التى ذكرناها نزلت فى معقل بن يسار وكان قد زوج أختا له[٣] من رجل[٤] فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها من أخيها معقل ، فقال له معقل : زوجتك وأفرشتك[٥] وأكرمتك ، فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله هذه الآية : « فلا تعضلوهن » فقال معقل : الآن أفعل يا رسول الله ، ثم زوجها إياه[٦] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٢　　(٢) التفسير الكبير للفخر الرازى ج ٦ ص ١١٩

(٣) قيل كان اسمها « جميل » بضم الجيم مصغرا ، وقيل « جميل » من غير تصغير ، وقيل كان اسمها « ليلى » وقيل كان اسمها « فاطمة » فتح البارى ج ٩ ص ١٤٧ .

(٤) قيل هو أبو البداح بن عاصم الأنصارى وقيل هو عبد الله بن رواحة . فتح البارى ج ٩ ص ١٤٧ .

(٥) أى جعلتها لك فراشا　　(٦) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٧ .

فهذه الآية الكريمة دليل على أن النكاح لا يصح بعبارة المرأة ، وذلك لأن أخت معقل كانت ثيبا ، ولو كان يجوز لها أن تعقد نكاحها لزوجت نفسها ، ولما كانت تحتاج إلى وليها ليزوجها ، ولما كان هناك داع إلى نهى الأولياء عن عضل النساء . أى منعهن من النكاح(١) .

مناقشة هذا البرهان :

نوقش هذا البرهان بأن حديث معقل بن يسار غير ثابت على مذهب أهل النقل ، وذلك لأن فى سنده رجلا مجهولا .

وبيان ذلك ، أن هذا الحديث قد رواه شريك عن سماك ، عن أبى أخى معقل بن يسار ، عن معقل ، ففيه رجل مجهول هو الذى روى عنه سماك .

وإذا كان هذا الحديث قد روى برواية الحسن البصرى فان حديث الحسن مرسل .

وعلى فرض ثبوت هذا الحديث فان ذلك لا يكون نافيا لجواز أن تتولى المرأة عقد نكاحها . وذلك لأن معقلا فعل ذلك فنهاه الله عنه ، فبطل حقه فى العضل .

بل إن ظاهر الآية يقتضى أن يكون ذلك خطابا للأزواج ، لتقدم ذكرهم دون ذكر الأولياء لأن الله تبارك وتعالى قال : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن فقوله سبحانه : « فلا تعضلوهن » إنما هو خطاب لمن طلق .

وإذا كان الأمر كذلك فإن معنى الآية حينئذ هو نهى للازواج عن عضل المرأة عن الأزواج بتطويل العدة عليها ، كما فى قوله عز وجل : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا (٢) » .

---

(١) القرطبى ج ٣ ص ١٥٨ (٢) أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ج ٢ ص ٤٧٦ والحاوى للماوردى ح ١٢ ورقة رقم ١٨

ويمكن أن نجيب على القول بأن فى هذا الحديث رجلا مجهولا ، وعلى القول بأن حديث الحسن مرسل، بالرواية التى رواها البخارى عن أحمد بن أبى عمر النيسابورى قال : حدثنى أبى قال : حدثنى إبراهيم (أى إبراهيم بن طهمان) عن يونس (أى يونس بن عبيد) عن الحسن (أى الحسن البصرى) قال : فلا تعضلوهن ، قال : حدثنى معقل بن يسار أنها نزلت فيه .

فان هذا ـ كما قال الحافظ بن حجر العسقلانى ـ صريح فى رفع هذا الحديث ووصله (١)

وأما القول بأنه على فرض ثبوت الحديث فان هذا لا ينفى جواز أن تعقد المرأة نكاحها لأن معقلا فعل ذلك فنهاه الله عنه فبطل حقه فى الفصل، فيمكن أن نجيب عنه بأننا نوافق على أن معقلا قد بطل حقه فى منعها من الزواج ، لكن مع كونه لا حق له فى منعها من الزواج إلا أن نكاحها لا يصح بعبارتها ، فلا بد أن يعقد لها الولى .

والذى يدل على أن الولى هو الذى يعقد لها أنه لما نزلت الآية تنهى عن منع النساء ، ودعا رسول الله صلى الله عليه وسلم معقلا . وقرأها عليه ، امتثل معقل لأمر الله ، وقال : الآن أفعل يارسول الله . وزوجها لزوجها وكفر عن يمينه (٢) .

ولو كان النبى صلى الله عليه وسلم قد فهم من الآية أنه يجوز لأخت معقل ان تنكح نفسها لأمرها بذلك بعد نزول الآية ، ولأبان لأخيها أنه لا ولاية له عليها ، ولما حنث أخوها فى يمينه (٣) .

وأما القول بأن ظاهر الآية يقتضى أن يكون ذلك خطابا للأزواج وليس للاولياء ، فالرد عليه بجوابين :

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٤٧
(٢) المصدر السابق ج ٩ ص ١٤٨
(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١٢٠

الأول : أنه لايجوز هنا أن يكون النهى متوجها إلى الأزواج ، وذلك لأنه إما أن يكون عضل الزوج أى منعه المرأة من الزواج قبل العدة أو بعدها فإذا منعها من الزواج قبل إنتهاء العدة فهذا حق لايجوز أن ينهى عنه ، وأما إذا منعها من الزواج بعد انتهاء العدة فهذا المنع لاأثر له لأنه الآن غير صاحب ولاية عليها .

والجواب الثانى : أن سبب نزول الآية مبين اضعف هذا القول (١) ، وكون الأزواج غير مذكورين لايمنع أن يعود الخطاب إليهم إذا الخطاب عليهم كما فى قوله تعالى « إن الإنسان لربه لكنود وإنه على ذلك لشهيد » يعنى الله عز وجل ثم قال سبحانه . « وإنه لحب الخير لشديد » يعنى الإنسان . (٢)

البرهان الثانى :

يقول الله تبارك وتعالى : « ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فان هذا خطاب للأولياء بأن لاينكحوا المسلمات المشركين . ولو كان يجوز للمرأة إنكاح نفسها لما كانت الآية دالة على تحريم أن تزوج المرأة المسلمة نفسها للمشرك ، لأن الذين يذهبون إلى جواز إنكاح المرأة نفسها يذهبون فى نفس الوقت إلى أنه يصح أن ينكحها وليها أيضا . فيلزم أن تكون الآية غير وافية بالدلالة على تحريم إنكاح المشركين للمسلمات ، لأنها قد دلت على نهى الأولياء أن ينكحوا مولياتهم للمشركين ولم تدل على نهى المسلمات أن ينكحن أنفسهن لهم ، ومن المعلوم أن نكاح المسلمات بالمشركين حرام ، فالأمر إذن للأولياء يدل على أنه ليس للمرأة أن تتولى عقد النكاح (٣) .

البرهان الثالث والرابع :

قال تعالى : فانكحوهن باذن أهلهن : أى أوليائهن وقال سبحانه : « وأنكحوا الأيامى منكم » .

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٠

(٢) الحاوى الماوردى جـ ١٣ ورقة رقم ١٩

(٣) سبل السلام جـ ٢ ص ١٢٠

فلو كان للنساء ولاية على أنفسهن لكان التكليف متوجها إليهن كما فى سائر التصرفات الخاصة بهن، كما فى قوله تعالى: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء»، وقوله عز وجل: «وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن» الآية،، ولكان أولياؤهن بالنسبة إليهن كالأجانب فلا يتوجه التكليف إليهم بشىء مما يختص بنكاحهن، كما لم يتوجه التكليف إليهم فيما يتعلق بالتصرفات التى تجوز لهن، كالبيع، والشراء، والإجارة، والرهن، والهبة، وغير ذلك من التصرفات التى يجوز لهن أن يستقللن بها[1].

البرهان الخامس:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولى[2]» وهذا صريح فى أن النكاح لا يصح إلا بولى، لأن الأصل فى النفى أن يكون نفيا للصحة لا نفيا للكمال[3] وهو بعمومه شامل لكل نكاح من صغيرة وكبيرة، وشريفة ودنيئة، وبكر وثيب.

فإن قال المخالفون: نحن نقول بموجب هذا الحديث لأن المرأة ولية نفسها فإذا قامت بتزويج نفسها كان نكاحها بولى. فالجواب عن هذا بأمرين: الأمر الأول أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولى» يقتضى أن يكون الولى رجلا لا امرأة، ولو كانت المرأة هى المراد بالولى لقال: لا نكاح إلا بوليه.

الأمر الثانى: أنه لو كان كما قالوا لكان قوله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولى» لا يأتى بفائدة جديدة، لأننا نعلم أنه لا يتصور وجود عقد نكاح إلا بوجود منكوحة ولا يتميز عقد النكاح بهذا الذى قالوه عن سائر العقود

---

(١) تفسير القرطبي ج٣ ص ٧٢، وبحوث فى الفقه المقارن المصدر السابق ص ٦٥

(٢) سبل السلام ج٣ ص ١١٧ ونيل الأوطار ج ٦ ص ١١٨

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١١٧

الأخرى ، مع أن عقد النكاح قد خص باشتراط ولى(١) .

مناقشة هذا الحديث :

نوقش حديث « لا نكاح إلا بولى » بأنه مضطرب فى إسناده ، لأنه روى موصولا ومنقطعا ومرسلا(٢) .

فرواه موصولا إسرائيل ، وشريك ، عن أبى إسحاق ، عن أبى بردة . عن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

ورواه منقطعا أسباط بن محمد ، وزيد بن حبان ، عن يونس بن أبى إسحاق ، عن أبى بردة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم . من غير ذكر لأبى إسحاق .

ورواه كذلك منقطعا ، أبو عبيدة الحداد ، عن يونس بن أبى إسحاق ، عن أبى بردة ، من غير أن يذكر أيضا أبو إسحاق .

ورواه مرسلا . شعبة ، وسفيان الثورى . عن يونس بن أبى إسحاق ، عن أبى بردة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، من غير ذكر لأبى موسى .

وعلى فرض أننا قلنا : إن الأصح فى هذا الحديث أنه موصول ، لأن الوصل ، والرفع ، مقدمان على الوقف . والإرسال ، إذا حدث التعارض « كما هو الرأى الأصح » ، فإنه حينئذ يكون حسنا ، وإذا كان هناك حديث أصح من

(١) الحاوى للماوردى ح١٢ ورقة رقم ١٩

(٢) الحديث الموصول ويسمى أيضا بالمتصل ، هو ما اتصل إسناده إلى منتهاه بسماع كل واحد ممن فوقه مرفوعا كان أو موقوفا

والحديث المنقطع هو ما سقط من رواته راو واحد قبل الصحابى فى الموضع الواحد . أى موضع كان ، ولو كانت المواضع متعددة ، لكن بشرط أن لا يكون الساقط فى كل موضع يزيد عن راو واحد ؛ فيكون حينئذ منقطعا من مواضع

أما لو زاد الساقط فى الموضع الواحد قبل الصحابى عن راو واحد فيسمى حينئذ بالمعضل ؛ كقول مالك : بلغنى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله علية وسلم قال : للمملوك طعامه وكسوته . الحديث

=

الحسن ومعارض له كحديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » فإنه يجب أن يعمل بالحديث الصحيح ويقدم على الحسن[١] .

والجواب ، أن هذا الحديث صحيح بدليل أن الحنفية أنفسهم قد احتجوا به فى كون الشهادة واجبة فى النكاح ، فكيف يتصور أن يحتجوا بجزء من حديث ويتركوا الجزء الآخر ؟ إن المتصور أن يحتج بكل الحديث أو يترك كله ، وما داموا قد احتجوا ببعضه فهذا يدل على صحته .

وأما ادعاء أن هناك تعارضا بين هذا الحديث وأحاديث صحيحة تدل على أن المرأة يجوز لها تولى عقد النكاح ، فإنه كان يمكن أن يسلم لو لم يكن من الممكن أن يجمع بينه وبين هذه الأحاديث ، ولكن إذا أمكن الجمع بينه وبينها فلا معارضة ، والجمع هنا ممكن[٢] ، وسنبينه إن شاء الله عند مناقشة ما استدل به الحنفية .

= وأما الحديث المرسل فهو ما سقط منه الصحابى ؛ سواء أكان الراوى المرسل تابعيا كبير السن أم صغيره

والحديث المرسل ضعيف عند الإمام الشافعى فلا يحتج به إلا مراسيل سعيد بن المسيب؛ لأنه فتش عنها فوجد أن الصحابى الذى أسقطه سعيد بن المسيب قد رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وهو فى الغالب صهره أبو زوجته أبو هريرة رضى الله عنه وأما عند الأئمة ؛ مالك ؛ وأبى حنيفة ؛ والثورى ، فيحتج بالمرسل . انظر الطراز الحديث فى فن مصطلح الحديث للشيخ محمد أبى الفضل الجيزاوى ص ١٥ – ١٧ طبع مصطفى البابى الحلبى سنه ١٩٤٧ ؛ والنخبة النبهانية للشيخ محمد بن خليفة النبهانى ص ٢٥، ٢٦ طبع مصطفى محمد ؛ وشرح الورقات فى أصول الفقه لجلال الدين المحلى مطبوع بهامش حاشية الدمياطى على شرح الورقات ص ١٩ طبع مصطفى محمد، والمنتقى فى تاريخ التشريع الإسلامى للدكتور محمد أنيس عبادة ص ١٤٣ طبع دار الطباعة المحمدية سنة ١٩٦٥.

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٢) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب لأستاذنا الدكتور عبد السميع أحمد إمام ص ٨٠ طبع مطبعة حسان .

البرهان السادس :

ماروواه الدارقطنى عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاتزوج المرأة المرأة ، ولاتزوج المرأة نفسها ، وكنا نقول : إن التى تزوج نفسها هى الفاجرة[١] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ، أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن تتولى المرأة عقد الزواج مطلقا ،أى سواء أكانت تعقد لنفسها أم تعقد لغيرها، وسواء أكانت أصيلة فى هذا العقد ، أم كانت تتولاه بطريق الوكالة عن غيرها.

والنهى يقتضى الفساد والبطلان ، فالزواج الذى تعقده المرأة بعبارتها فاسد وباطل .

مناقشة هذا الحديث :

نوقش هذا الحديث بعدة أمور :

الأمر الأول : أنه محمول على وجه الكراهة لحضور مجلس الرجال الذى يحصل فيه العقد ،لأنه ورد الأمر بإعلان النكاح ، ولذلك يجتمع الناس فكره أن تحضر المرأة هذا الاجتماع .[٢]

الأمر الثانى : أن ابن كثير قال : « الصحيح وقفه على أبى هريرة[٣] »،وقد جاء هذا الحديث فى لفظ للدارقطنى : « ... وكنا نقول : إن التى تزوج نفسها هى الفاجرة »[٤]

الأمر الثالث : أن معنى هذا اللفظ متناقض مع ما أجمع عليه المسلمون ، إذ إن المسلمين مجمعون عن أن تزويج المرأة لنفسها ليس بزنا .

(١) سنن الدارقطنى للامام على بن عمر الدارقطنى ص ٣٨٤ طبع المطبع الأنصارى

(٢) أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص الجزء الأول ص٤٧٦

(٣) نيل الأوطار جـ٦ ص١١٩

(٤) سنن الدارقطنى للامام على بن عمر الدارقطنى ص ٣٨٤

وحتى إذا كان محمولا على أن المرأة زوجت نفسها ووطئها الزوج ، فهذا أيضا بإجماع علماء المسلمين ليس من الزنا . لأن الفقهاء الذين لا يجيزون إنكاح المرأة نفسها يعتبرونه نكاحا فاسدا يجب به المهر والعدة ، ويثبت به نسب الأولاد.(١)

والجواب عن الأمر الأول ، أن الأصل في النهى أنه يفيد التحريم ، ولا ينصرف إلى الكراهة إلا لوجود دليل يدل على ذلك ، ولا دليل هنا ، وهذا التحريم المستفاد من هذا الحديث مؤكد بالأدلة الأخرى التي استدل بها جمهور العلماء .

وللجواب عن الأمر الثاني ، أن هذا الحديث رواه الدارقطني ، والبيهقي من طرق متعددة ، ففي بعض هذه الطرق جاء جميع الحديث مرفوعا ، وفي بعضها الآخر جاء موقوفا كله ، وجاء في رواية ثالثة رفع الجملتين الأوليين مع التصريح بوقف الجملة الأخيرة .(٢)

وهذه الرواية التي جاء فيها الجملتان الأوليان مرفوعتين قد رويت عن عبد السلام بن حرب الملائي ، عن هشام بن حسان ، عن ابن سيرين ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها ، قال أبو هريرة : كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية » رواه كل من الدارقطني والبيهقي في السنن .(٣)

وجاءت رواية الدارقطني بلفظ : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٧٦ .

(٢) الحديث المرفوع هو ما إنتهى إلى النبي صلى الله عليه وسلم سواء أكان قولا أو فعلا أو تقريرا أو وصفا ؛ والموقوف هو ما إنتهى إلى الصحابي قولا أو فعلا أو أو تقريرا انظر . النخبة النبهانية لمحمد بن خليفة النبهاني ص ١٣ والطراز الحديث لمحمد أبي الفضل الجيزاوي ص ١٦ .

(٣) انظر سنن الدارقطني ص ٣٨٤ ؛ والسنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ج ٧ ص ١١٠ .

« لاتزوج المرأة المرأة . ولاتزوج المرأة نفسها ، وكننا نقول : إن التى تزوج نفسها هى الفاجرة »[١] وفى رواية أخرى فى سنن الدارقطنى أيضا عن عبد السلام ، عن هشام ، عن ابن سيرين، عن أبى هريرة ، رفعه قال، لاتنكح المرأة المرأة ، ولاتنكح المرأة نفسها ، وقال أبو هريرة : وكان يقال : الزانية تنكح نفسها .[٢]

وعبد السلام بن حرب الملائى، الذى رويت عنه الرواية التى فيها رفع الجملتين الأوليين ، مع بيان أن الجملة الأخيرة من الحديث موقوفة ، عبد السلام هذا يقول عنه الحافظ البيهقى بعد أن ذكر سائر الروايات : « وعبد السلام ابن حرب قد ميز المسند من الموقوف[٣] فيشبه أن يكون قد حفظه »[٤]

ومعنى كلام البيهقى أن غير عبد السلام من الرواة قد خلط بين المرفوع والموقوف ، فبعض الرواة روى جميع الحديث مرفوعا ، وبعضهم روى جميعه موقوفا ، لكن عبد السلام قد ميز قول الرسول صلى الله عليه وسلم عن قول أبى هريرة رضى الله عنه.[٥]

وأما الأمر الثالث الذى اعترض به الحنفية ، فيمكن أن يجاب عليه بأن أبا هريرة والصحابة عندما قالوا : إن التى تزوج نفسها هى الفاجرة يريدون تشبيه المرأة التى تزوج نفسها — وهذا محرم كما بينت الأدلة — بالزانية ، بجامع أن كلا منهما تقدم على تسليم نفسها لرجل من غير وجود الولى وعقده الذى أوجبته الأدلة ، ولا يلزم من التشبيه أن يأخذ المشبه جميع صفات المشبه به وأحكامه ، فلو قيل مثلا : كل من يقتحم حصون العدو فهو أسد ، فإن هذا

---

(١) سنن الدارقطنى ص ٣٨٤ (٢) المصدر السابق ص ٣٨٥ .

(٣) الحديث المسند هو ما كان إسناده متصلا من راويه حتى يصل إلى المصطفى صلى الله عليه وسلم ؛ بدون أن ينفصل أو ينقطع . انظر النخبه النبهانية ص ١٤

(٤) السنن الكبرى للبيهقى جـ٧ ص ١١٠

(٥) بحوث فى الفقه المقارن . المصدر السابق ص ٨٤ ، ٨٥

تشبيه للمقتحم بالأسد فى الشجاعة ، ولا يلزم من هذا التشبيه أن يكون المقتحم كالأسد فى جميع صفاته وأحكامه، وإنما لم يجب حد الزنا على التى زوجت نفسها ودخلت على زوجها، ولم يجب كذلك على زوجها لوجود الشبهة. والحدود تدرأ بالشبهات كما هو القاعدة الشرعية المعروفة .

البرهان السابع :

ما رواه ابن جريج عن سليمان بن موسى ، عن الزهرى ، عن عروة بن الزبير ، عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا[1] فالسلطان ولى من لا ولى له »[2] .

وهذا الحديث يدل بمنطوقه على أن أى امرأة ـ سواء أكانت بكرا أم ثيبا، رشيدة أم غير رشيدة، حرة أم أمة ـ إذا نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل من اللحظة التى حصل فيها ، من غير أن يتوقف ذلك البطلان على شىء كاعتراض الولى ، كما هو رأى بعض المخالفين للجمهور ، وقد تأكد هذا البطلان بتكرر جملة « فنكاحها باطل » ثلاث مرات .

فالمرأة إذن لا تلى أمر نفسها فى النكاح ، سواء أكان الولى قد أذن لها فيه أم لم يأذن .

والذى يدل على أنها لا تلى أمر نفسها حتى ولو أذن لها الولى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى آخر الحديث : « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » فإن هذه الجملة قد أفادت أنه لو حصل نزاع بين المرأة وأوليائها وكانت على حق ، كأن كان الذى تقدم للزواج منها كفءا ورغبت فى الزواج

---

(١) المراد بالاشتجار منع الأولياء من العقد على المرأة ؛ وهذا هو العضل . سبل السلام جـ٣ ص ١١٨

(٢) السنن الكبرى للبيهقى جـ٧ ص ١٠٥ ، وسنن الدارقطنى ص ٣٨١

منه ، فمنعها الأولياء من هـــذا الزواج ، فإن الولاية تسلب منهم بسبب منعهم لها بغير حق ، وتنتقل الولاية إلى السلطان فيزوجها ، ولا تنتقل إليها فى هذه الحالة ، ولاتزوج نفسها مع أنها على حق وحال الضرورة موجودة .

وإذا لم يكن من حق المرأة أن تلى أمر نفسها فى حالة الضرورة ، وهى حالة الخلاف بينها وبين أوليائها ، فإنه لايكون لها من باب أو أن تلى عقد الزواج فى حالة الوفاق وإذن وليها لها ، وهى حالة لاضرورة فيها ، ولاحاجة لأن تلى عقد الزواج بنفسها .

وعلى هـــذا فإن المفهوم فى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « بغير إذن وليها » هو مفهوم موافقة ، وليس مفهوم مخالفة .(١) لأنه قد فهم

(١) يحسن هنا أن نبين معنى كل من مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ، حتى يسهل فهمهما نبين أولا معنى المنطوق ومعنى المفهوم ؛ ثم نتبع ذلك ببيان مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة

المنطوق هو مادل عليه اللفظ فى محل النطق ؛ أى ، هو المعنى الذى لاتتوقف استفادته من اللفظ على أمر آخر غير مجرد النطق بهذا اللفظ .

وأما المفهوم فهو ماتتوقف إستفادته من اللفظ على الانتقال من معنى آخر إليه ، ولنوضح ذلك بمثال :

مثلا قول الله تبارك وتعالى فى مجال حق الوالدين على أولادهما . « إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولاتنهرهما وقل لهما قولا كريما» قد دل ـ بمجرد سماع هذا اللفظ ـ على حرمة أن يقول الولد لوالديه كلمة « أف لكما » فكل من يسمع هذا اللفظ إذا كان من أهل اللغة العربية يفهم بمجرد سماع هذا اللفظ هذه الحرمة .

وكما دل هذا اللفظ على حرمة التأفيف بمجرد سماع هذا اللفظ ، فإنه دل أيضا على أن ضرب الوالدين ، أو شتمهما ، أو حبسهما ، أو ما ماثل ذلك مما فيه إيذاء وإيلام أشد من التأفيف ، حرام .

بيد أن هذا اللفظ إذا كان قد دل على حرمة التأفيف بمجرد سماع هذا اللفظ فإنه لم يدل على حرمة الضرب وما يماثله بمجرد سماعه ، بل دل على ذلك بواسطة ، هذه الواسطة هى إنتقال ذهن السامع من حرمة التأفيف إلى حرمة الإيذاء ، ثم إنتقاله من حرمة الإيذاء إلى حرمة الضرب وما ماثله . =

من آخر الحديث أن حالة إذن وليها فى العقد أولى فى عـــدم صحة ولايتها على نفسها من حالة عدم الإذن .

سؤال وجوابه :

وهنا يمكن أن يثار سؤال هو : إذا كان الأمر كما تقولون ، فلم أتى النبى صلى الله عليه وسلم بكلمة « إذن » فى قوله : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » وكان مقتضى ما تدعونه أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد قال : « أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل » من غير ذكر لكلمة « إذن » .

والجواب ، أن كلمة « إذن » قد أفادت فى الحديث فائدتين :

الفائدة الأولى : أن النكاح صحيح فى حالة عدم مباشرة الولى بنفسه لعقد نكاح موليته ، ولكنه وكل رجلا آخر ليتولى هو العقد ، فلو لم تذكر كلمة « إذن » لكان يتوهم أن عقد الزواج لا يصح فيه التوكيل ، بل لابد أن يتولاه الولى بنفسه .

الفائدة الثانية : أن عادة الناس قد جرت على أنه إذا كان هناك إذن

= فإذا ماوضح هذا فينبغى أن نعلم بعدذلك أن المفهوم نوعان ، لأنه إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفه .

فيسمى المفهوم مفهوم موافقة إذاكان متفقا مع المنطوق فى الحكم ، ومثاله تحريم الضرب ، أو الشتم ، أو الحبس لأحد الوالدين ، فإنه قد دل على هذا التحريم قول الله تعالى : « فلا تقل لهما أف » بطريق مفهوم الموافقة. ويسمى المفهوم مفهوم مخالفة إذا لم يتفق مع المنطوق فى الحكم ، وذلك مثل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى الغنم السائمة ، زكاة » فإن المنطوق هو وجوب الزكاة فى الغنم السائمة ، أى التى ليست بمعلوفة والمفهوم هو عدم وجوب الزكاة فى الغنم المعلوفة . انظر : الموجز فى أصول الفقه للشيخ عبد الجليل الفرنشاوى وآخرين ص ١٤٤ طبع مطبعة السعادة

ووفاق بين المرأة ووليها فإنها لا تقدم على أن تلي بنفسها عقد زواجها، أو بوكيل توكله هي للقيام بالعقد نيابة عنها، وتترك أولياءها.

وأما في حالة الخلاف بين المرأة وأوليائها، فإنه قد يتوهم فيها - ما دام أولياؤها يعارضونها - أنه يصح لها أن تتولى بنفسها عقد زواجها، أو أن توكل غيرها ليتولاه نيابة عنها، فجاء التصريح من النبي صلى الله عليه وسلم بالصورة التي يتوهم فيها جواز توليها بنفسها العقد أو بتوكيلها غيرها، وبين حكم هذه الصورة وهي بطلان العقد[1].

مناقشة حديث «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها»:

نوقش هذا الحديث بأمرين:

الأمر الأول: أن هذا الحديث مروى عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهرى، وقد أخبر يحي بن معين عن ابن علية، عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه، فقال له ابن جريج: إن سليمان حدثنا به عنك، فأثنى الزهرى على سليمان خيرا، وقال: أخشى أن يكون قد وهم على[2].

الأمر الثاني: أن عائشة رضى الله عنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وكان أخوها عبد الرحمن غائبا بالشام، ولم يكن قد أذن لها في هذا التزويج، فلما قدم عبد الرحمن من الشام قال: مثلى يصنع هذا به ويفتات عليه؟! وأمضى النكاح، ولو كان حديث «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» صحيحا لما صح هذا الزواج الذي زوجت فيه عائشة بنت أخيها. ولكان من المحتم أن يعاد العقد، ومع ذلك فإن العقد لم يعد.

---

(١) بحوث في الفقه المقارن. المصدر السابق ص ٨١

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٩، وفتح القدير ج ٢ ص ٣٩٤، والحاوى للماوردى ج ١٢ ورقة ١٩ وبحوث في الفقه المقارن ص ٧٤

وهذا بالإضافة إلى أن حديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » لو كان صحيحا لما أقدمت عائشة على العمل بما يخالفه . وبخاصة وأنه مروى عنها[1]

والجواب عن الأمر الأول : أنه لا اعتبار بما قاله اسماعيل بن علية عن ابن جريج ، فقد أعل ابن حبان ، وابن عدى ، وابن عبد البر ، والحاكم ، وغيرهم الحكاية التى حكيت عن ابن جريج أن الزهرى أنكر هذا الحديث[2] ، ولم يقل هذا أحد عن ابن جريج غير ابن علية ، وقد رواه جماعة عن الزهرى لم يذكروا ذلك .

بل إنه حتى على فرض أنه قد ثبت هذا عن الزهرى فإن ذلك لا يعتبر حجة . لأن هناك من الثقات من نقله عن الزهرى ، من هؤلاء الثقات سليمان بن موسى وهو ثقة إمام ، وجعفر بن ربيعة ، فلو حدث من الزهرى نسيان لهذا الحديث فإن ذلك لا يضر ، لأن النسيان من خصائص البشر لا يعصم منه واحد منهم ، وهذا هو المصطفى صلى الله عليه وسلم خير البشر كان يصلى فسها فى صلاته ، فقيل له : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لم يكن ، فإذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد جاز عليه النسيان فى الصلاة ، ولما سألوه أنكر ذلك ، ولم يكن نسيانه دالا على بطلان الحكم الذى نسيه كان النسيان جائزا على سائر أفراد الأمة أولى[3] ، ومن حفظ حجة على من نسى . فإذا كان الحديث قد رواه الثقة فإنه لا يضر أن يكون هناك من نسيه ، فاستدامة ذكر المحدث للحديث الذى رواه ليست شرطا فى صحة حديثه ، فإن ربيعة روى عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد ، ثم نسى سهيل الحديث ، فحدثه به

---

(١) شرح العنايه على الهداية لمحمد بن محمود البابرتى ج ٢ ص ٣٩٣ مطبوع بهامش فتح القدير مطبعة مصطفى محمد

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٩ .

(٣) نصب الراية للزيلعى ج٣ ص ١٨٤

ربيعة ، فكان سهيل إذا حدث به قال : أخبرنى ربيعة عنى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد[١] .

وهـذا كله على فرض حدوث ما حكاه ابن علية عن ابن جريج ، فكيف والحال أن أهل العلم قد أنكروا ذلك من حكايته ولم يقفوا عندها[٢] هذا هو ما يتصل بالأمر الأول .

وأما الأمر الثانى ، فالجواب عليه من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن الراوى إذا خالف ما رواه فإن هذه المخالفة لا تنافى ثبوت ما رواه وصحته ، ويجب العمل بما رواه وعدم اعتبار عمله ، لأن عدم عمله بما رواه ربما يكون عن نسيان لما رواه أو عن اجتهاد منه ، ولا يلزمنا الأخذ بما أداه إليه اجتهاده ، وإنما الحجة فيما رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الناحية الثانية : أن ما حدث من السيدة عائشة رضى الله عنها يجب أن يحمل على أنها مهدت لتزويج بنت أخيها وأذنت فى هذا الزواج ، وأشارت على الولى الذى يلى أمر بنت أخيها فى غيابه أن يتقدم لعقد الزواج .

ومعلوم أن الولاية تنتقل فى حالة غياب أبى حفصة إلى أقرب العصبة ، ولا يتوقف النكاح على إذنه ، وإنما غضب عبد الرحمن لأنهم أسرعوا بتزويج ابنته وكان يجب أن ينتظروه احتراما له[٣] .

ومما يدل على هذا مارواه ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم ،عن أبيه القاسم بن محمد بن أبى بكر قال : كانت عائشة رضى الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها ، فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها : زوج ، فإن

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى جـ١٢ ورقة ١٩

(٢) تفسير القرطبى جـ٣ صـ٧٣ ، ٧٤ والمغنى لابن قدامه جـ ٧ صـ ٣٣٨

(٣) بحوث فى الفقه المقارن . المصدر السابق ص ٨٠

المرأة لاتلى عقد النكاح (١) ، وفى لفظ آخر ، عن ابن جريج عن عبدالرحمن ابن القاسم بن محمد بن أبى بكر عن أبيه القاسم عن عائشة رضى الله عنها أنها أنكحت رجلا هو المنذر بن الزبير امرأة من بنى أخيها ، فضربت بينهم بستر. ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت : ليس على النساء إنكاح(٢) .

وبعد ، فقد تبين لك أن هذه البراهين النصية التى ذكرناها للجمهور من الكتاب والسنةقد سلمتمن الاعتراضاتالتى أثيرت حولها .وقد استدل الجمهور بجانب هذه الأدلة النصية بالأدلة العقلية . وسنبين لك هذه الأدلة .

أدلة الجمهور العقلية :

الدليل الأول : أن المرأة الحرة الرشيدة مولى عليها فى النكاح، ومادامت الولاية عليها ثابتة فى النكاح فلا يصح أن تليه هى كالصغيرة (٣) .

أما أن المرأة الحرة الرشيدة مولى عليها فى النكاح فلأنه قد ثبت لأبيها ، وسائر عصبتها ، والسلطان إذا فقدوا الولاية عليها فى النكاح دون غيره من سائر التصرفات ،كالبيع . والرهن ، والإجارة ، وغير ذلك ، بدليل قوله تعالى، « الرجال قوامون على النساء » وبدليل الأحاديث التى سمت هؤلاءأولياء

وكل من كان موليا عليه من أمر من الأمور فلا يصح أن يلى هذا الأمر ولا تصح عبارته فيه كالصغيرة .

الدليل الثانى : أن الحياء وعدم ذكر النكاح مقصود من المرأة بمقتضى محاسن الشريعه ومكارم الأخلاق ، وعادات أهل الصيانة والغيرة والمروءة .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ١١٢
(٢) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٧٥ مطبعة دار الكتب المصرية
(٣) المغنى لابن قدامة ح ٧ ص ٣٣٨

وذكر النكاح منها خصوصا فى مجلس الرجال مشعر بالوقاحة والرعونة والميل إليهم : وهذا قد يؤدى إلى أن ينفر الناس منها. وبخاصة الخاطب وأهله لأنهم يجدونها بجرأتها ووقاحتها غير أهل للائتمان على نفسها وبيتها ، فيؤدى ذلك إلى بوارها وإلحاق الضرر بها وبقريباتها من النساء .

فلما كان الحياء مقصودا من المرأة منعت من تولى عقد النكاح بنفسها حتى ولو كانت هى فى الواقع وقحة جريئة على الرجال مجردة من الحياء ، لأن المانع ليس الحياء نفسه بل قصد الحياء منها، والحياء مقصود من كل امرأة حتى ولو كانت وقحة ، فمنعها من مباشرة العقد هو لقصد صيانتها عن مباشرة الأمر الذى يشعر مباشرتها إياه بوقاحتها، ورعونتها، وميلها إلى الرجال، وهذا ينافى ما عليه أهل الصيانة والمروءة (١) .

الدليل الثالث : إن الزواج لايرد لذاته ، بل لمقاصده ، ومقاصده هى الألفة بين الزوجين واستقرارهما لإنجاب الأولاد وتربيتهم ، ولا تتحقق هذه المقاصد مع أى زوج ، فلا بد من الاختيار حتى يتحقق الهدف المقصود .

وبجانب هذا فان للأسرة التى تنتمى إليها المرأة حقا فى أن لايساء إليها بمصاهرة من لايليق بها ، وتفويض الأمر إلى المرأة لتختار هى زوجها مخل بهذه الأمور ، لأن المرأة لنقصان عقلها ، وشدة عاطفتها ، وشهوتها للنكاح والميل إلى الرجال ، وسهولة انخداعها ، تتسرع فى قبول الراغب فى الزواج منها ، غير مدققة فى الاختيار المناسب لها ، ولا ناظرة إلى ما قد يمس سمعة أسرتها وفى هذا ضرر بها وبأوليائها وأسرتها .

فمنعت من أن تلى عقد نكاحها حتى ولو أذن وليها ، كالسفيه المبذر لماله فانه يحجر عليه لسفهه ، ولا يصح منه التصرفات المالية من بيع ،

---

(١) شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٢٣٦ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٩ وبحوث فى الفقه المقارن المصدر السابق ص ٨٧ ، ٨٨

وإجارة، ورهن . وغيرها، حتى ولو أذن له وليه كما هو الرأى الراجح فى فقه الشافعية (١) .

وبهذا ينتهى الاستدلال لما يراه جمهور العلماء من أن الزواج لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها فى تزويجها .

ولننتقل بعد ذلك إلى بيان ما استدل به أصحاب الآراء الأخرى .

أدلة الرأى الثانى

يستدل للرأى الثانى القائل بأن للمرأة البالغة أن تباشر عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا غير أنه خلاف المستحب ، بعدة أدلة من الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

الأدلة من الكتاب :

أما الكتاب ، فآيات كريمات أسندت النكاح إلى النساء كإسناد الفعل إلى فاعله ، والتصرف إلى من يباشره ؛ ونهت ولى المرأة عن أن يمنعها من ذلك ، ولو كان ذلك التصرف من المرأة فاسدا لما نهى القرآن الكريم الولى عن منعها منه .

قال تعالى : « حتى تنكح زوجا غيره(٢) » ، وقال سبحانه ؛ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن(٣) ، وقال سبحانه : « فإذا بلغن أجلهن فلاجناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف(٤) » .

فهذه الآيات الكريمات أسندت النكاح إلى النساء ، والأصل فى الإسناد

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٢ ، وبحوث فى الفقه القارن ص ٨٨ ، ٨٩

(٢) سورة البقرة آيه ٢٣٠ . (٣) سورة البقرة آية ٢٣٢

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٤ .

أن يكون على الحقيقة ، ولا يعدل عن الحقيقة إلى المجاز إلا عند وجود قرينة مانعة من حمل الإسناد على الحقيقة ، وهنا لم توجد قرينة تمنع من حمل الإسناد على الحقيقة .

فالواجب إذن أن يكون الإسناد إلى الفاعل الحقيقي ، وإذا كان الفاعل الحقيقي هو من صدر منه الفعل أو قام به . فإن هذا مؤد إلى أن عقد النكاح بعبارة المرأة هو حقيقة شرعية صحيحة ، وهذا يستلزم أن المرأة إذا تولت عقد النكاح كان هذا نكاحا صحيحا شرعا .

مناقشة هذا الدليل :

يرد هذا الدليل من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن هذا الاستدلال لا يتفق مع ما يذهب إليه الحنفية . إذ إنهم يرون — كما سبق بيانه — أن النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد لغة وشرعا ، فإذا أسند النكاح الذى هو الوطء — كما هو مذهبهم — إلى المرأة ، فلا بد أن يكون إسنادا مجازياً ، وذلك لأن المرأة فى الواقع ليست واطئة وإنما الرجل هو الواطىء والمرأة موطوءة ، فالتجوز فى الإسناد هنا كالتجوز فى عيشة راضية .

الناحية الثانية : أننا لو جرينا على ما يراه جمهور العلماء من أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء ، لكان من الواجب أيضا أن يكون الإسناد فى هذه الآيات الكريمات إسنادا مجازيا أيضا ، من باب الإسناد إلى المحل أو إلى السبب ، وذلك لأن المرأة هى محل للعقد ، ورضا المرأة سبب فيه ، وإذا كان لابد فى كل استعمال مجازى من وجود قرينة صارفة من الاستعمال على طريق الحقيقة إلى الاستعمال المجازى ، فالقرينة التى منعت هنا من أن يكون الإسناد على حقيقته هى ورود أحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم تنهى

عن أن تتولى المرأة عقد النكاح ، وبهذا يمكن أن يتم الجمع بين القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة(١) .

الدليل من السنة :

وأما الاستدلال لهذا الرأى من السنة ، فبما رواه ابن عباس رضى الله عنهما ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها » رواه مسلم(٢) .

وفى لفظ آخر من رواية ابن عباس « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر » رواه أبو داود ، والنسائى ، وصححه ابن حبان(٣) .

ووجه الاستدلال ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قد صرح فى الحديث الأول بأن الثيب أحق بنفسها من وليها ، وصرح فى الحديث الثانى بأن الولى ليس له أن يتسلط على الثيب فى شىء .

ومقتضى هذا أن الثيب لو زوجت نفسها فإنه لا يكون للولى حق فى أن يعترض عليها .

وأما البكر فلأنه يغلب عليها الحياء فقد اكتفى فى جانبها بالإذن ولو جاء على صورة التلميح بأن تصمت ، ولكن لو فرض أن بكرا جردت نفسها من الحياء وتولت عقد الزواج لما كان ذلك مانعا من صحة العقد ، وذلك لأن البكارة وعدمها ليس هو المؤثر فى صحة العقد ، وإنما المؤثر فى ذلك هو البلوغ والعقل ، لأنهما اللذان يتعلق بهما التكليف المطلوب فى صحة العقود .

هذا ، ولا توجد علة فى هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال ، وهو من الآداب الإسلامية التى من أجلها أباح الشارع الحكيم للمرأة

(١) التفسير الكبير للفخر الرازى ج ٦ ص ١٢١ ، ١٢٢ طبع المطبعة البهية المصرية والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٨ ، ومنهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب لأستاذنا الدكتور عبد السميع أحمد إمام ص ٩٢ ، ٩٣

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٧ ص ٢٠٥ طبع حجازى .

(٣) سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١١٩

أن توكل من الرجال من يباشر شئونها الخاصة فى مجالس الرجال ، وهذا ليس إلا مجرد رخصة ، لا يلزم من ترك المرأة إياها وتوليها شئونها بنفسها أن يكون ذلك مؤديا إلى فساد تصرفاتها(١) .

مناقشة هـذا الدليل :

يمكن أن يجاب على هذا الدليل بأن ظاهر ما ذكرتم من الحديث يدل على أن المرأة أولى من وليها فى العقد على نفسها وأحق به منه ، وذلك لأن لفظ « أحق » من أسماء التفضيل ، وأسماء التفضيل تدل على أن اثنين اشتركا فى صفة وزاد أحدهما على الآخر فيها ، والمرأة هنا وإن اشترك معها وليها فى هذا الحق إلا أن مقتضى التعبير بأنها أحق زيادتها عن وليها فهى أحق بتولى العقد منه .

وهذا الظاهر مخالف لما أجمع عليه علماء المسلمين ، فعلماء المسلمين ـ بما فيهم الحنفية ـ قد أجمعوا على أن الولى هو الأولى بأن يعقد عقد الزواج وليست المرأة بأولى منه فى هذا العقد .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب أن تحمل هذه الأحاديث على معنى يتفق مع ما أجمع عليه علماء الأمة .

وهذا المعنى الذى يمكن أن يتفق مع ما أجمع عليه علماء الأمة هو أن يكون معنى « أحق » فى الأحاديث أن وليها لا يجبرها فى اختيار زوجها والرضا بالمهر الذى يجب دفعه لها وكل ما يتصل بهذه الناحية ، بل هى التى تختص بها ، فهى أحق بنفسها منه . فإذا ما أريد عقد الزواج فإنها لا تصلح لهذا بل الولى هو الذى يعقد ، بدليل الأدلة التى قامت على عدم صحة العقد إذا تولته المرأة .

وبهذا يتحقق الجمع بين ما أجمع عليه علماء المسلمين وما يستفاد من هذه الأحاديث وعلى هذا تكون هذه الأحاديث غير متعرضة للعقد ، وإنما بينت ناحية أخرى غير ناحية العقد(٢) .

---

(١) منهاج الطالب ، المصدر السابق ص ٩٣ ، وبحوث فى الفقة المقارن ، المصدر السابق ص ١٠٠

(٢) منهاج الطالب ، المصدر السابق ص ٩٤

وأما ادعاء أنه لا توجد علة فى هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال ، فلا يسلم أن العلة منحصرة فى هذا الأمر ، إذ هناك أمور أخرى بينها الجمهور فى أدلتهم العقلية كما سبق توضيحه .

منها أن الحياء وعدم ذكر النكاح مقصود من المرأة بمقتضى محاسن الشريعة ومكارم الأخلاق .

ومنها أن المرأة لنقصان عقلها . وشدة عاطفتها ، وشهوتها للزواج ، وسهولة انخداعها ، تتسرع فى قبول الراغب فى الزواج بها ، ولا تدقق التدقيق الواجب فى أمر من يتقدم إليها ، ولا تنظر إلى ما قد يمس سمعة أسرتها ، وفى هذا ضرر بها ، وبأوليائها ، وأسرتها .

فالعلة إذن ليست منحصرة فى قصد صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال .

ثم على التسليم بأن العلة منحصرة فى صيانتها وإبعادها عن مجالس الرجال . فإن قصد صيانتها يتنافى مع إعطائها الحق فى الخيار بين أن تتولى بنفسها عقد الزواج وأن توكل غيرها من الرجال فيه[1] .

الدليل من المعقول :

يستدل لهذا الرأى بالمعقول بعدة أمور .

الأمر الأول : أن كل تصرف الإنسان فى خالص حقه — إذا كان من أهل هذا التصرف — يكون جائزا ، والمرأة بتوليها عقد النكاح لنفسها تكون قد تصرفت فى خالص حقها ، وهى من أهل هذا التصرف ، فيكون تصرفها هذا جائزا :

والمراد بخالص حق المرأة كل ما كان من الأمور الأصلية التى تترتب على الزواج ، من تمليك منافع بضعها للزوج ، واستحقاق المهر ، والنفقة والكسوة ، والسكنى ، وما ماثل ذلك ، وكل هذه الأمور من خالص حق المرأة ،

(١) بحوث فى الفقه المقارن . المصدر السابق ص ١٠٢

والمرأة من أهل هذا التصرف لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها الحق في أن تتصرف في مالها ، ولها الحق في اختيار الزوج[1] .

الجواب عن هذا الدليل :

يمكن أن يجاب عن هذا الدليل بعدة أجوبة :

الجواب الأول : أننا نمنع أن المرأة أهل لهذا التصرف ، ونقول إن الشارع لم يجعلها أهلا له ، فدعوى يقابلها دعوى .

وكون المرأة بالغة عاقلة لا يدل على أنها أهل لهذا التصرف ، فإن العبد قد يكون بالغا عاقلا ومع ذلك فإنه ممنوع من كثير من التصرفات .

الجواب الثاني : أن التصرف في المال ليس كالتصرف في البضع ، فالفارق موجود بين هذا وذاك[2] لأن الحياء وعدم ذكر النكاح مقصود من المرأة ، فذكر النكاح منها خصوصا في مجلس الرجال مشعر بالوقاحة ، وهي بطبيعتها متسرعة ولا تدقق في أمر من يتقدمون لها ، فهي مائلة بالطبع إلى الزواج أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال[3] كما علم عند الاستدلال بالأدلة العقلية لما يراه الجمهور .

الجواب الثالث : أن هذا الاستدلال بالرأي في مقابلة النصوص من الكتاب والسنة . الدالة على بطلان النكاح إذا تولته المرأة ، مثل قوله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ومثل قوله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، وغير هذا مما استدل به الجمهور ، وكل استدلال بالرأي في مقابلة النصوص فاسد[4] .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني ، وشرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي مطبوعان مع فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٢

(٢) حاشية سعدى جابي على شرح العناية على الهداية . مطبوعة بهامش فتح القدير ج ٢ ص ٢٩٢

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٣

(٤) سبل السلام ج٣ ص١١٧ ، وشرح العناية على الهداية ، المصدر السابق ج٢ ص٣٩٢

الأمر الثانى : أن عقد الزواج عقد يجوز أن يتصرف الرجل فيه ، فيجوز أن تتصرف المرأة فيه قياسا على الرجل . كما فى عقد البيع سواء بسواء.

والجواب : أن الرجل لما لم يكن لوليه حق الاعتراض عليه فى الكفاءة إذا تزوج امرأة أقل من مستواه لم يكن له عليه ولاية فى عقد الزواج ، بخلاف المرأة فإنه لما كان لوليها حق الاعتراض فى كفاءة زوجها لها ، كان له ولاية فى العقد عليها .

الأمر الثالث : أن عقد الزواج عقد على منفعة . وعقد الإجارة عقد على منفعة ، ولما كان من الجائز أن تتولى المرأة عقد الإجارة فإنه يكون من الجائز أن تتولى المرأة عقد الزواج قياسا على عقد الإجارة .

والجواب : أنه ليس لولى الرجل حق الاعتراض على الرجل فى عقد الإجارة ، ولذلك فإنه ليس له ولاية عليه ، والأمر ليس كذلك فى عقد زواج المرأة ، فإن للولى على المرأة حق الاعتراض فى الكفاءة إذا كانت تريد الزواج من غير كفء لها ، فكان له ولاية فى العقد عليها .

الأمر الرابع : أن المرأة يجوز لها أن تتصرف فى مهرها . ومن المعروف أن المهر بدل من عقد الزواج ، فعقد الزواج مبدل والمهر بدل . فلما كان يجوز لها أن تتصرف فى مهرها وهو بدل من العقد جاز لها أن تتصرف فى عقد زواجها ، وذلك لأن من جاز له التصرف فى البدل جاز له أن يتصرف فى المبدل .

والجواب : أنه كيف يمكن التسليم بصحة قياس عقد الزواج على المهر مع أن صاحب هذا الرأى من القائلين بأن من حق الولى أن يعترض على المرأة فى المهر فيمنعها من أن تتزوج بأقل من المهر المناسب لها[1] .

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى ج ١٢ ورقة رقم ١٨ وورقة رقم ٢٤

دليل الرأى الثالث

يستدل للرأى الثالث القائل بصحة عقد النكاح إذا عقدته المرأة على زوج كفء ، وعدم صحة العقد إذا كان الزوج غير كفء ، بما رواه الإمامان أحمد والنسائى عن أم سلمة رضى الله عنها ، أنها لما بعث النبى صلى الله عليه وسلم يخطبها قالت : ليس أحد من أوليائى شاهدا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس أحد من أوليائك - شاهد ولا غائب - يكره ذلك ، فقالت لابنها : يا عمر ، قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه(١) .

ووجه الاستدلال أن هذا الحديث قد دل بمنطوقه على أن للمرأة أن تعقد لنفسها إذا كان الزوج كفءا ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم بقوله لها : ليس أحد من أوليائك - شاهد ولا غائب - يكره ذلك ، دل على أنه من الجائز لها أن تعقد لنفسها إذا لم يكن أحد من أوليائها يكره هذا الزواج ، وهذا فى حالة ما إذا كانت زوجت نفسها من كفء لأن الكراهة لا تعتبر

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٤ ، وقد اختلف العلماء فيمن تولى عقد الزواج لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل هو ابنها عمر أم ابنها سلمة .

فالأكثر من العلماء يذهب إلى أن الذى عقد زواجها على رسول الله صل الله عليه وسلم هو ابنها سلمه وكان أكبر من ابنها عمر ، وعمر كان صغيرا ربى فى حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بدليل ما ثبت فى كتب الحديث أن عمر بن أبى سلمة قال : كنت غلاما فى حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت يدى تطيش فى الصفحة ، فقال : « يا غلام سم الله ، وكل بيمينك وكل مما يليك »

وذهب البعض إلى أن الذى تولى العقد هو ابنها عمر ، كما فى الرواية التى معنا ؛ ثم اختلف هؤلاء فى سن عمر حين تولى العقد ، فبعضهم قال : إنه كان صغيرا ؛ وجاز تولى الصغير لعقد الزواج خصوصية لرسول الله صلى الله عليه وسلم

والبعض ينكر أنه كان صغيرا ، وهو ما عليه الإمام أحمد بن حنبل. انظر الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٧٨ والمغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٣٤٨ وبحوث فى الفقه المقارن ص ٩٥ ، ٩٦

شرعا إلا فى حالة ما إذا كان الزوج غير كفء للمرأة ، وأما إذا كان الزوج كفءا لها فلا يعتد بكراهة أوليائها . لأنه لا موجب لها - حينئذ - شرعا .

وإذا كان هذا الحديث - بمنطوقه - قد أفاد صحة عقد المرأة لنفسها إذا كان الزوج كفءا فإنه بمفهومه يدل على عدم صحة عقد المرأة لنفسها إذا كان الزوج غير كفء .

الرد على هذا الدليل :

ويرد على هذا الدليل بأن النبى صلى الله عليه وسلم له حق الولاية على أم سلمة ، لأن له الولاية العامة ، فالزواج هنا صحيح لأن الولى موجود وهو الرسول صلى الله عليه وسلم ، بصرف النظر عن الكفاءة وغيرها .

وإنما صح زواجها مع غيبة وليها الأقرب كأخيها وعمها ، لأن النكاح يصح بالولى الأبعد إذا كان الزوج كفءا لا يكرهه أحد من الأولياء .

بل إن هذا الحديث مما يدل على أن الولى لابد من وجوده فى عقد النكاح وذلك لأن أم سلمة رضى الله عنها قالت : ليس أحد من أوليائى شاهدا ، وهذا دليل على أنها كانت تفهم أن الولى لابد فيه فى النكاح ، ولم يقل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : زوجى نفسك مع أن المقام مقام بيان[1] .

دليل الرأى الرابع

يستدل للرأى القائل بأن المرأة إذا عقدت نكاحها بنفسها ، فإن هذا النكاح لا يجوز حتى يجيزه الولى أو الحاكم ، بما رواه ابن جريج عن سليمان

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٢٠ ، ونصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ١٨٦ ؛ وبحوث فى الفقه المقارن ص ٩٤ ؛ ومنهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ص ٩٥

ابن موسى ، عن الزهرى ، عن عروة بن الزبير ، عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » الحديث . (١)

ووجه الاستدلال ، أن منطوق هذا الحديث قد أفاد بطلان نكاح المرأة التى نكحت من غير أن يأذن وليها . ومفهومه أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها كان هذا الزواج صحيحا ، مع ملاحظة أن « إذن وليها » مؤول بما يكون شاملا لإذن الولى قبل العقد . ولموافقته اللاحقة بعد أن عقدت من غير أن تحصل على إذنه .

الرد على هذا الدليل :

ويجاب عن هذا الدليل بعد ملاحظة أن تأويلهم للإذن هو شامل للموافقة اللاحقة لا يستند إلى دليل - أن المفهوم فى هذا الحديث هو مفهوم موافقة وليس مفهوم مخالفة ، كما تبين ذلك عند الاستدلال بهذا الحديث للجمهور القائلين باشتراط الولى فى عقد النكاح .

بل إنه على فرض أن المفهوم فى الحديث هو مفهوم مخالفة فإنه لا يصح أن يحتج به .

أما عند الحنفية ومن وافقهم فى الذهاب إلى عدم حجية مفهوم المخالفة ، كالقاضى أبى بكر الباقلانى ، وابن سريج ، والغزالى ، والآمدى ، والمعتزلة ، فالأمر ظاهر على مذهبهم .

وأما عند من يذهبون إلى حجية مفهوم المخالفة ، كالشافعى ، وأحمد والأشعرى ، فإنهم اشترطوا لاعتبار مفهوم المخالفة دليلا . أن لا تكون هناك فائدة أخرى فى وجود القيد الذى قيد به حكم المنطوق غير انتفاء الحكم عند انتفاء هذا القيد .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ١٠٥ وسنن الدارقطنى ص ٣٨١

وأما إذا ظهرت فائدة أخرى فلا يعتبر مفهوم المخالفة حينئذ حجة ، كما إذا كان جوابا لسؤال عن الغنم السائمة هل فيها زكاة فقيل فى الجواب ، فى الغنم السائمة زكاة ، أو كونه جاء بيانا لشخص يملك غنما سائمة وليس عنده غنم معلوفة . أو كان القيد خارجا مخرج عادة الناس كما فى قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم » فإن الغالب من عادة الناس كون الربائب فى الحجور فقيد به لهذا . وليس لأن الحكم فى اللاتى لسن فى الحجور بخلاف هذا الحكم (١).

وقد بينا عند الاستدلال للجمهور بحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » أنه توجد هنا فائدتان غير نفى الحكم عما لم يوصف بتلك الصفة ، وعلى هذا فلا يصح الاحتجاج بمفهوم المخالفة هنا (٢) .

هذا ، وقد علمنا سابقا — عند حكاية الآراء — أن الروايات قد اختلفت فى حكاية رأى أبى يوسف وتبين أن بعضها يحكى عنه أنه رأى أن تأذن لمن شاءت من الرجال فى تزويجها دون النساء ويكون النكاح موقوفا على إجازة وليها .

وقد استند هذا الرأى إلى أن المرأة قاصرة عن مباشرة العقد بنفسها ، وهذا العقد موقوف على إجازة وليها لأن لوليها الحق فى أن يكون زوجها كفءا لها (٣) .

والرد على هذا ، أنه لا يصح من وجهين

أولهما : أنه إن كانت المرأة مالكة لعقد النكاح فإنها لا تكون حينئذ محتاجة إلى استنابة أحد ، وإن كانت غير مالكة له لم تصح منها الاستنابة .

والثانى : أنه ان كانت الاستنابة شرطا لم تكن محتاجة إلى إجازة وإن لم تكن شرطا لم نحتج إليها .(٤)

---

(١) شرح عبد الرحيم الأسنوى على منهاج الوصول فى علم الأصول للبيضاوى . الجزء الأول ص ٣١٩ ؛ وشرح محمد بن الحسن البدخشى على منهاج الوصول أيضا . الجزء الأول ص ٣١٥ مطبوع مع شرح الأسنوى بمطبعة محمد على صبيح

(٢) بحوث فى الفقه المقارن ص ٨٩ ، ٩٠ (٣) الحاوى للماوردى ج ١٢ ورقة ٢٥

(٤) الحاوى ج ١٢ ورقه ٢٥

دليل الرأى الخامس

يستدل الرأى القائل بأن النكاح يصح بعبارة المرأة إذا كانت ثيبا، و باطل إذا كانت بكرا بدليل نقلى و بدليل عقلى ، أما الدليل النقلى فهو مارواه ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر و إذنها سكوتها » رواه مسلم ، وفى لفظ من رواية ابن عباس أيضاً : « ليس للولى مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر » رواه أبو داود ،والنسائى وصححه ابن حبان(١) .

ووجه الاستدلال أن هذا الحديث قد دل صراحة على جعل الحق إلى الثيب فى نفسها وإمتناع أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها ، وهذا بعمومه شامل لما يتعلق بإختيار الزوج ومايتعلق بالعقد ،

وأما البكر فإن الحديث لم يبين لها حقا إلا فى استئذانها فى نكاحها ، وهذا يدل على أنها ليس من حقها أن تتولى العقد ، بل الذى يتولاه هو وليها الذى أمر باستئذانها .

الرد على هذا الدليل :

يرد على هذا الدليل ، بأن هناك أمورا توجب أن يكون معنى الحديث : أن الثيب أحق بنفسها فيما عدا العقد ، كالرضا بالزواج . والرضا بالزوج ، وأما مايتعلق بعقد نكاحها فليس من حقها بل من حق وليها ، وإليك بيانا لهذه الأمور .

الأمر الأول : أنه لو كانت المرأة هى التى تملك الولاية على نفسها وليس لأبيها ولا لغيره ولاية عليها فى النكاح ، وكل شئونها موكولة إليها ، وليس له

---

(١) سبل السلام ح ٣ ص ١١٩ .

شأن فى أى أمر من أمورها ، لما كان الاشتراك متحققا بينهما فى أى حق من الحقوق ، ويلزم على هذا عدة لوازم باطلة .

اللازم الأول : أن تكون كلمة « أحق » الواردة فى الحديث قد استعملت فى غير معناها الحقيقى بدون قرينة على هذا الاستعمال ، إذ من المعلوم أن كلمة « أحق » هى صيغة تفضيل ، وصيغة التفضيل تدل على أن شيئين قد اشتركا فى صفة وزاد أحدهما على الآخر فى هذه الصفة ، كما نقول مثلا : خالد أعلم من أحمد ، إذا كان كل منهما عالما لكن خالدا أعلم ، ولو كان خالد عالما وأحمد جاهلا لا يتصف بصفة العلم وقلنا هذه الجملة «خالد أعلم من أحمد » لكان كلاما غير مقبول ، لأنه حينئذ يكون بمثابة قولنا : العالم أعلم من الجاهل . فلو لم يكن لأب المرأة شأن معها فى أى أمر من أمورها للزم أن تكون كلمة «أحق» التى هى اسم للتفصيل قد استعملت فى غير معناها الحقيقى ، واستعمال أى كلمة فى غير معناها الحقيقى لابد أن يكون معه قرينة تدل على هذا الاستعمال ، ولا توجد قرينة هنا تدل على أن كلمة « أحق » قد استعملت فى غير معناها الحقيقى .

اللازم الثانى : أن يكون كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم — حاشاه — متناقضا ، إذ إنه — على رأيكم — يكون قد نفى أن يكون لغير المرأة من أب أو غيره ولاية عليها مع أنه فى نفس الوقت يثبت هذه الولاية لأبيها أو غيره بقوله صلى الله عليه وسلم : « وليها » ، وكلام الرسول منزه عن التناقض .

اللازم الثالث : أن تكون كلمة « أمر » فى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر » قد استعملت بمعنى : الشأن والصفة ، وهذا المعنى معنى مجازى ، لأن المعنى الحقيقى للأمر هو الإلزام والإجبار ، فإذا ما استعمل فى غير الإلزام والإجبار كان الاستعمال حينئذ استعمالا مجازيا لا حقيقياً ، والاستعمال المجازى لابد أن توجد معه قرينة تصرف اللفظ عن معناه الحقيقى إلى المعنى المجازى المستعمل فيه اللفظ ، وإذا ما بحثنا لكم عن قرينة تدل على هذا المجاز لا نجد هذه القرينة .

لكننا إذا ما فهمنا الحديث على أن معناه أن الثيب أحق بنفسها من وليها فيما عدا العقد، كالرضا بالزوج، والرضا بالزوج، فإنه لا يترتب على هذا المعنى هذه الأمور التي بيناها.

سنجد أن التفضيل متحقق في هذا المعنى الذي نقول بوجوب حمل الحديث عليه، لأن الولي إذا رغب في أن يزوج موليته الثيب زوجا غير كفء فلموليته هذه حق المنع، وكذلك إذا رغبت هي في الزواج من غير كفء فله حق المنع، وبهذا يكون اشتراك كل من الولي وموليته الثيب في ثبوت الحق متحققا.

وإذا رغب وليها في أن يزوجها من كفء فلها الحق في أن تمنع نفسها من هذا الزواج، وإذا رغبت هي في أن تتزوج كفءا ولكن وليها رفض هذا الزواج. فإنها في هذه الحالة لها الحق في أن ترفع أمرها إلى الحاكم، ويزوجها الحاكم لهذا الكفء رغما عن وليها.

وإذا رغبت في أن تتزوج كفءا ولكن وليها أراد أن يزوجها آخر هو أيضا كفء، أو هو أكفأ ممن اختارته هي، فإن المعول حينئذ على رغبتها هي لا رغبة الولي، وبهذا يتحقق زيادتها على وليها في الحق.

وعلى هذا المعنى الذي نقوله أيضا لا يكون هناك تناقض في الحديث وذلك لأننا أثبتنا لأبيها ونحوه الولاية ولم نثبتها لها، وجعلنا الأحقية التي أثبتها الحديث للثيب هي فيما عدا العقد، كالرضا بالزواج، والرضا بالزوج.

وأيضا فإنه على المعنى الذي قلناه يكون استعمال «الأمر» في رواية «ليس للولي مع الثيب أمر» استعمالا حقيقيا، لأنه أريد بالأمر الإلزام والإجبار، وهو المعنى الحقيقي للامر، وصار معنى هذه الرواية موديا لمعنى «أحق» في رواية «الثيب أحق بنفسها» من المشاركة بين الثيب ووليها، والتفضيل، كما وضحناه آنفا.

الأمر الثانى : وأما الأمر الثانى من الأمور التى توجب أن يكون معنى الحديث كما بينا ، فهو مارواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تنكح الأيم[١] حتى تستأمر[٢] ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا : يارسول الله ، وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت »[٣] .

فهذا الحديث يدل على أن الأب هو وحده صاحب الولاية وليس ابنته . وذلك لأن الحديث يوجب على الأب أن يطلب أمر ابنته الثيب وإذنها فى العقد وأنه لابد أن تعطى أمرها ، وهذا يبين أن الأب هو المستأمر والمستشير ، وهى المستأمرة والمستشارة .

وكونه هو المستشير دليل على أنه صاحب الولاية ، لأن من له ولاية فى أى أمر من الأمور يكون مستشيرا لا مستشارا .

ولو كان الأمر على عكس هذا لكان من الواجب على الأب إذا تقدم خاطب لابنته أن يخبرها بمن تقدم لها ، ثم يتركها تتصرف وفق مايتراءى لها فإذا ترددت فى أمر هذا الخاطب استشارت والدها فيكون هو المستشار . كما هو الحال فى تصرفها ببيع ماتملكه هى وبشراء ماتحتاج إليه ، فإذا تقدم لها مشتر لشىء تملكه أو أرادت هى أن تشترى شيئا من أحد ، وترددت فى ذلك فإنها تتقدم إلى أبيها طالبة رأيه فتكون هى المستشيرة فى أمورها الخاصة وهو المستشار .

---

(١) الأيم كلمة تطلق على كل امرأة ليس لها زوج ، وعلى كل رجل ليس له زوجة ، سواء أكان أى منهما تزوج من قبل أو لم يتزوج ، وأكثر ماتطلق كلمة « أيم » على من مات زوجها ؛ والأصل فى الأيم أنها هى الثيب التى فارقت زوجها بموت أوطلاق ، وهذا هو المعنى هو ظاهر هذا الحديث ، لأن الأيم فيه قوبلت بالبكر . انظر : فتح البارى جـ ٩ ص ١٣٩ ، ١٥١ .

(٢) أصل الاستئمار طلب الأمر ، فالمعنى أن الولى لايعقد عليها إلا بعد أن يطلب الأمر منها .

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ١٥١ .

الأمر الثالث: أنه قد ثبت بالأدلة التي تدل لجمهور العلماء، وبخاصة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» أن المرأة سواء أكانت بكرا أم ثيبا ليس لها الولاية على نفسها في عقد النكاح[1].

وأما الدليل العقلي الذي استدل به للرأي القائل بصحة النكاح بعبارة المرأة إذا كانت ثيبا وبطلانه إذا كانت بكرا، فهو أن هناك فارقا بين الثيب والبكر، وذلك لأن الثيب قد خبرت الرجال، فكانت خبرتها هذه كافية عن اختيار وليها.

والرد على هذا بأنه فارق غير صحيح، بل إن عكسه هو الأولى، لأن خبرة الثيب بالرجال تكون باعثة لها على فرط الشهوة في أن تضع نفسها فيمن قويت فيه شهوتها، وأما البكر فلأنها عديمة الخبرة بالرجال كانت أقل شهوة من الثيب، ولهذا تكون لنفسها أحفظ.

على أن المرأة عموما سواء أكانت ثيبا أم بكرا قد ركزت الشهوة في طبيعتها، فحكم الشهوة غالب في جميعهن ثيبات وأبكارا، حتى منعن من عقد الزواج إلا بولي يحتاط لها، حتى لا يغلبها فرط الشهوة على أن تضع نفسها مع زوج غير كفء لها فيؤدي هذا إلى إدخال العار على أهلها[2].

دليل الرأي السادس

استدل للرأي السادس القائل بأن للمرأة أن تنكح نفسها إذا أن لها وليها في ذلك، وأما إذا لم يأذن لها وليها فإن النكاح باطل، بالحديث الذي روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» الحديث[3]، فإن هذا الحديث

---

(١) بحوث في الفقه المقارن، المصدر السابق ص ٩٠ – ٩٢

(٢) الحاوي جـ ١٢ ورقم ٢٥ (٣) سبل السلام جـ ٣ ص ١١٧ – ١١٨

يدل بمنطوقه على بطلان عقد المرأة إذا لم يأذن لها وليها ، ويدل بمفهومه على أن المرأة إذا أذن لها وليها فى العقد فعقدت كان عقدها صحيحا(١) .

والجواب عن هذا ، بأنه قد سبق عند الكلام على استدلال الجمهور بهذا الحديث ، وهو حديث : « أيما امرأة نكحت بغير إذن - وليها ، فنكاحها باطل أن بينا أن المفهوم فى هذا الحديث هو مفهوم موافقة لا مفهوم مخالفة وذلك لأن آخر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم : فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » قد فهم منه أن حالة إذن ولى المرأة لها فى أن تعقد لنفسها أولى فى عدم ولايتها على نفسها من حالة عدم الإذن كما سبق توضيح ذلك .

بل إنه على فرض أن المفهوم فى هذا الحديث ليس مفهوم موافقة ،فلا يصلح أن يكون دليلا على أن من حق المرأة أن تعقد لنفسها إذا أذن لها وليها ، وذلك لأمرين :

الأمر الأول : أن العلماء قد انقسموا إلى فريقين من ناحية الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، ففريق منهم يرى عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة مطلقا ، وهم الحنفية والباقلانى ، وابن سريج ، والغزالى . والآمدى ، والمعتزلة ،وفريق آخر وهم جمهور العلماء من الشافعية وغيرهم يرى الاحتجاج به . إلا أن هذا الفريق القائل بالاحتجاج بمفهوم المخالفة قد وضع لذلك شرطا ، هو أن لا يكون للقيد الذى قيد به حكم المنطوق فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء هذا القيد ، وذلك كما إذا كان المقصود من النص هو امتنان الله تعالى على عباده ، كما فى قوله سبحانه : « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا ، فإن الله تبارك وتعالى وصف اللحم هنا بكونه طريا ، امتنانا منه سبحانه على عباده ، فلا يدل بمفهومه المخالف على أن اللحم إذا لم يكن طريا يكون حراما .

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١٩ ، ١٢٠

أو كان المقصود من القيد بموافقة ما عليه غالب أحوال الناس ، أو بيان الواقع ، أو غير ذلك

فإذا انتفى هذا الشرط ، بأن وجد للقيد فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء هذا القيد فإنه لا يصح أن يحتج بمفهوم المخالفة .

الأمر الثانى:أنه قد وجد تعارض بين مادل عليه هذا المفهوم ومادل عليه منطوق حديث : « لا نكاح إلا بولى ، وحديث : لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، وإذا وجدت معارضة بين المفهوم والمنطوق فإن المفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق ، فيقدم المنطوق (١)

الرأى المختار

ثم أما بعد هذه الرحلة مع أصحاب الآراء فى الولى فى النكاح ، والأدلة التى استدلوا بها على هذه الآراء ، ومناقشة هذه الأدلة ، فإنه يتبين لنا الآن أن أولى الآراء بالاختيار هو مايراه جمهور العلماء من أن الولى ركن من أركان عقد النكاح فلا يصح النكاح إلا به ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ، ولا تزويج غيرها ، ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت ذلك لم يصح النكاح ، والله تبارك وتعالى أعلم بالصواب .

شروط الولى

ليس كل ولى صالحا لأن يتولى عقد الزواج ، بل لا بد من توافر شروط خاصة فى الولى الذى يتولى عقد الزواج،وقد بين العلماء هذه الشروط،واتفقوا على بعضها واختلفوا فى بعضها الآخر ، وسنتكلم عن هذه الشروط مبينين الخلاف فيها إن وجد .

---

(١) سبل السلام ج٣ ص١١٨ .

وإليك هذه الشروط:

الشرط الأول : الذكورية ، وهو شرط بان مما سبق

الشرط الثانى : العقل ، فلا يصح أن يتولى عقد الزواج المجنون الذى : أصيب بالجنون المطبق ، فإذا كان جنونه متقطعا ، أى أن الجنون ينتابه فى بعض الأوقات دون البعض الآخر ، فان العلماء منقسمون إلى فريقين فريق يرى أن الجنون إذا كان متقطعا فإنه يمنع صاحبه من أن يتولى عقد الزواج ، وعلى هذا الرأى الإمام النووى فى كتابه الروضة وابن قدامة فى كتابه المغنى[1] ، وفريق آخر يرى أن الجنون المتقطع لا يقدح فى صحه الولاية فيصح للذى ينتابه الجنون المتقطع أن يعقد عقد الزواج فى حال إفاقته ، وعلى هذا الرأى الإمام الرافعى من الشافعية ، وكذلك عليه الفقهاء الأحناف[2] .

وكذلك اختلفوا فيما إذا أفاق المجنون وبقى عليه أثار الخبل كحدة الخلق هل يصح عقده أولا يصح ، والراجح عند الشافعية أن ولايته فى هـذه الحالة لم تعـــد .

ولو كان زمن الإفاقة فى الجنون المتقطع قصيرا جدا فالإفاقة هنا كعدمها ، وإما إذا كان زمن الجنون قصيرا كما إذا كان الجنون يأتيه يوما فى سنة فإن ولايته صحيحة ولا يؤثر هذا الجنون فى هذا الزمن اليسير فى نقل الولاية منه ، بل يجب أن ننتظره حتى يفيق ويتولى عقد الزواج[3] .

وشرط العقل هو شرط أجمع العلماء على اشتراطه فى الولى ، وذلك لأن الولاية تثبت لشخص على شخص آخر نظرا إلى أن هذا الشخص الآخر عاجز عن أن ينظر فى أمر نفسه ، والذى فقد نعمة العقل لا يمكنه أن ينظر فى أمر نفسه فغيره من باب أولى .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٤ ، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢١

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ (٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٤

وسواء فى هذه الناحية من ذهب عقله بالجنون ، أو ذهب عقله بتأثير كبر السن كالشيخ إذا أفند أى خرف .

وإما الإغماء فلا يؤدى إلى زوال الولاية ، وذلك لأنه يزول بعد وقت قصير ، فهو حينئذ كالنوم ، وكذلك لاتثبت الولاية على من ينتابه الإغماء[١]

الشرط الثالث : الحرية . فلا تثبت الولاية لمن به رق،لأن العبد لاتثبت له ولاية على نفسه فلا تثبت له ولاية على غيره بالأولى [٢]

الشرط الرابع : الإسلام إذا كانت المرأة مسلمة ، فلا يصح أن يكون الكافر وليا للمسلمة لقول الله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ، وكذلك لا يصح أن يكون المسلم وليا للكافرة إلا إذا كان رئيسا للدولة أو قاضيا وذلك لأنه لاتوجد موالاة بين المسلم والكافر.[٣] فلا تثبت الولاية لمسلم على كافر إلا إذا كانت ولاية عامة، كولاية رئيس الدولة.والشهادة أما الولاية الخاصة كولاية التزويج بسبب القرابة وولاية التصرف فى المال فلا تثبت [٤]

وأما إذا كانت المرأة كافرة ووليها كافرا فإن ولايته عليها ثابتة ، حتى لو كانا مختلفين فى العقيدة،فيجوز أن يلى اليهودى عقد زواج موليته النصرانية وكذلك يجوز أن يلى النصرانى عقد زواج موليته اليهودية ، لقول الله تبارك وتعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ومن صور ولاية النصرانى على اليهودية أن يتزوج نصرانى يهودية فيولد له منها بنت ، فإذا بلغت هذه البنت خيرت بين الدين الذى يدين به أبوها والدين الذى تدين به أمها فتختار دين أمها .

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٢١٢
(٢) المصدر السابق حـ ٨ ص ٢١
(٣) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٥٦
(٤) فتح القدير حـ ٢ ص ٤١٢

وقد بين العلماء أنه لافارق فى صحة ولاية الكافر على الكافر بين أن تكون هذه الكافرة يراد تزويجها من كافر أو من مسلم ، غير أنه لا يصح أن يكون قاضى الكفار هو الذى زوج المسلم من الكافرة .

وينبغى أن يلاحظ أن الكافر الذى يصح أن يكون واليا للكافرة هو الكافر الأصلى ، أما المرتد فليس له ولاية مطلقا ، لا على مسلمة ، ولا على كافرة ولا على مرتدة مثله ، لأن الموالاة بينه وبين غيره قد انقطعت [١] .

الشرط الخامس : البلوغ ، فلا ولاية للصبى ، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا يكون له على غيره ولاية من باب أولى .

على هذا الرأى أكثر أهل العلم ، منهم الثورى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور [٢] والحنفية [٣] والمالكية [٤] والشافعية [٥] وإحدى روايتين عن أحمد .

ونقل عن أحمد روايه أخرى أن الصبى إذا بلغ عشر سنين جاز له أن يزوج غيره ، وأن يتزوج ، وأن يطلق ، وأجيزت وكالته ،

ويستند هـذا الرأى إلى أن الصبى إذا باع فإن بيعه صحيح وكذلك يصح وصيته فى طلاقه وعلى هذا فإن الولاية تثبت له كما تثبت للبالغ .

لكن هذا الرأى الأخير ضعيف والأول هو الصحيح ، وذلك لأن الولاية إنما يعتبر لها كمال الحال ، لأنها مقيدة بالتصرف فى حق غيره ، فكان اعتبارها نظرا لهذا الغير ، والصبى مولى عليه لأن تصرفاته قاصرة ، فلا تثبت له الولاية [٦] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٦
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢١ (٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢
(٤) الشرح الكبير للدردير بها من حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٣٠
(٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٤ (٦) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢١، ٢٢

الشرط السادس : عدم الفسق وهو شرط مختلف فيه بين العلماء .

فالشافعية على الرأى الراجح عندهم يرون أن الفاسق لا ولاية له (١) ، وكذلك تشترط العدالة فى إحدى روايتين فى فقه الحنابلة (٢) .

وأما الحنفية فيرون أن الفسق لايسلب أهلية الولاية ، إلا إذا كان الفسق قد خرج به إلى حد التهتك فإنه إذا زوج موليته بنقص ومن زوج غير كفء لها وإن هذا التزويج لا ينفذ . (٣) .

وكذلك يرى المالكية أن الفسق لايسلب أهلية الولاية على الرأى الراجح عندهم وإنما هو شرط كمال فى الولى، فإذا وجد فى الولى فسق فلا يؤدى هذا الفسق إلى سلب الولاية عنه ونقلها إلى الولى الأبعد ، أما إذا كان مع الفاسق ولى عدل فى نفس درجته ، كما إذا كانت المرأة لا أب لها ، ولها أخوان أحدهما فاسق والآخر عدل ، فإنه فى هذه الحال يقدم العدل فهو أولى من الفاسق (٤) .

ويرى الزيدية أيضا أن الفسق لايطعن فى أهلية الولاية (٥) .

دليل كل من الرأيين

دليل الرأى الأول :

أولا : نصوص رويت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعض صحابته منها رواه ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل» وروى عن أبى بكر البرقانى بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ صـ ١٧٥ (٢) المغنى جـ ٧ صـ ٢٢
(٣) فتح القدير جـ ٢ صـ ٤١٢ (٤) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٣٠
(٥) التاج المذهب جـ ٢ ص ٢٢

عليه وسلم: «لانكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل» وروى عن ابن عباس قال: «لانكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل».

ثانيا: أن هذه ولاية نظرية فلا يصح أن يكون الفاسق مستبدا بها كالولاية على المال.

دليل الرأى الثانى:

وأما الذاهبون إلى أن الفسق لايؤدى إلى سلب أهلية الولاية فيعتمد رأيهم على عدة أمور:

الأمر الأول: أن الفاسق يصح أن يلى نكاح نفسه فيصح أن يلى أمر غيره كالعدل فى هذه الناحية.

الأمر الثانى: أن سبب الولاية هو القرابة وشرطها النظر، أى أن يكون صالحا للنظر فى أمر من يلى أمره، والفاسق قد اجتمع فيه سبب الولاية وشرطها، فهو قريب ناظر فتصح ولايته كما صحت ولاية العدل [1].

الأمر الثالث: أنه من الثابت أن الفسقة لم يمنعهم أحد من أن يزوجوا غيرهم فى عصر الأولين.

هذا، وقد أفتى الغزالى بأنه إن كان لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق ولى وإلا فلا، قال: «ولا سبيل إلى الفتوى بغيره، وإذ الفسق قد عم البلاد والعباد» [2].

وصفة الفسق تتحقق بأحد أمرين، أما إرتكاب كبيرة من الكبائر كالزنا والسرقة، والقتل، وأكل أموال اليتامى، أو إصرار على صغيرة ولم تغلب طاعاته على معاصيه.

وفى ختام الكلام عن هذا الشرط نحب أن نبين هنا أمرين:

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٢ (٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٥.

الأمر الأول : أن الشافعية صرحوا بأنه عندما يقولون إن الفاسق ليس له ولاية فإنه لايلزم من هذا اشتراط أن يكون الولى عدلا ، صرح بهذا صاحب مغنى المحتاج ودلل على هذا بأن بين الأمرين واسطة ، وذلك لأن العدالة ماهى إلاملكة فى النفس تحمل على ملازمة التقوى ، والصبى إذا بلغ ولم تصدر منه كبيرة ولم تحصل له هذه الملكة لا يعد عدلا ولا يعد فاسقا .

الأمر الثانى : أن مستور الحال قدنقل فيه بعض العلماء الإتفاق على أن ولايته صحيحه ، ونقل البعض الآخر أن المستور مختلف فى ولايته .(١)

وبهذا ينتهى كلامنا عن هـذا الشرط ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام عن بقية الشروط .

الشرط السابع : عدم الإحرام بحج أو عمرة ، وهو أيضاً قد إختلف العلماء فيه ، وخلافهم فى تزويج الولى المحرم وليته هو نفس خلافهم فى المحرم هل يصح أن يتزوج أم لا ، لأن الدليل الذى إستدل به المانعون لتزوج المحرم هو نفس الدليل الذى إستدل به المانعون لأن يلى المحرم عقد الزواج ، وقد سبق أن فصلنا الخلاف فى هذه المسألة عند الكلام عن شروط الزوج .

وبهذا نكون قد إنتهينا من الكلام عن شروط الولى .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٥ .

ترتيب الأولياء

أولى الناس بتزويج المرأة :

المرأة إما أن تكون أمة أو حرة ، وقد بين العلماء أن الأمة لا ولاية لأبيها عليها ، وإنما وليها هو سيدها ، وأما المرأة الحرة فقد اختلف العلماء فيمن هو أولى بتزويجها .

فالشافعية والحنابلة يرون أن أولى الناس بتزويج المرأة الحرة هو أبوها ولا ولاية لأحد معه(١) ، وهذا لرأى أيضا هو المشهور عن أبي حنيفة وهو قول محمد .(٢)

وأما مالك ، والعنبرى ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر فيرون أن الابن أولى من الأب فى الولاية على المرأة ، وهو أيضا رواية عن أبي حنيفة .(٣)

أما الرأى الأول ، وهو الذى يرى أن أولى الناس بتزويج المرأة هو الأب فيعتمد على الأدلة الآتية :

أولا : أن أغلب الأولياء يدلون بالأب(٤)

ثانيا : أن الولد موهوب لأبيه ، فالولد هبة والأب موهوب له ، والولاية مادامت مترددة بين إثباتها للهبة والموهوب له فإثباتها للموهوب له أولى من إثباتها للهبة .

ومما يدل على أن الولد هبة لأبيه آيات من القرآن الكريم ، قال تعالى : «ووهبنا له يحيى»(٥) وقال الله تعالى على لسان زكريا : «رب هب لى من لدنك

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١٣ .
(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧ والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١٣ .
(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧ المغنى ج ٧ ص ١٤ والشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٥
(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١ (٥) الأنبياء آية ٩٠

ذرية طيبة »(١) وقال : « فهب لى من لدنك وليا »(٢) وقال تعالى على لسان إبراهيم : « الحمد لله الذى وهب لى على الكبر إسماعيل وإسحاق »(٣) .

وأيضا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » .

ثالثا : الأب أكمل نظرا وأشد شفقة على ابنته عن غيره ، فيجب أن يقوم على غيره فى الولاية كما يقدم فيها على الجد .

رابعا : الولاية احتكام ، والأب أصل والابن فرع ، واحتكام الأصل على فرعه أولى من احتكام الفرع على أصله .

وأما الرأى الثانى فقد استدل له بأن الابن أولى من الأب بالميراث وأقوى منه تعصيبا .

والمختار هو الرأى الأول الذى يرى أن أولى الناس بتزويج المرأة الحرة هو أبوها ، والرد على ما استدل به الرأى الثانى أن ما نحن فيه مخالف للميراث ، لأن مسألة الولاية تحتاج إلى النظر فى مصلحة موليته ، والميراث لا يعتبر فيه النظر ، ولهذا فإن الميراث حق ثابت حتى للصبيان والمجانين ، وليس فى الميراث إحتكام كما هو فى الولاية ، وكذلك لا توجد ولاية من الوارث على الموروث(٤)

من الأحق بالولاية بعد الأب ؟

تبين مما سبق أن الرأى الأولى بالقبول هو أن أولى الناس بتزويج المرأة هو الأب ، فمن بعد الأب له الولاية على المرأة ؟ هل هو الجد أبو الأب وإن علت درجته ؟ أم هو ابنها ؟ أم هو أخوها ؟ العلماء هنا على أربعة أقوال :

---

(١) آل عمران آية ٣٨ .

(٢) مريم آية ٥

(٣) إبراهيم آية ٣٩ .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٤

الأول : أن الجد أبا الأب وإن علت درجته هو أحق بالولاية على المرأة من ابنها وسائر أوليائها .

وهذا الرأى هو ما يراه الإمام الشافعى[١] ورواية عن الامام أحمد[٢]

الثانى : أن الابن يقدم على الجد ، وهذا الرأى هو رواية أخرى عن الأمام أحمد ، وهو أيضا قول للإمام مالك وآخرين[٣] .

الثالث : أن الأخ يجب تقديمه على الجد ، وهذا أيضا رواية ثالثة عن الإمام أحمد .

الرابع : أن الجد والأخ سواء لا يقدم واحد منهما على الآخر ، وهو رواية رابعة منقولة عن الإمام أحمد .

الأدلة

أما الرأى الأول القائل بوجوب تقديم الجد أبى الأب على ابنها وسائر أوليائها فيعتمد على عدة أمور :

الأمر الأول :

أن كلا من الأب والجد مع اشتراكه وسائر العصبات فى العضوية فإن كلا منهما مختص عن سائر العصبات بالولادة . فالجد إذن هو الأحق بالولاية بعد الأب[٤] .

الأمر الثانى : أن الابن إذا قتل أمه ، والأخ إذا قتل أخته ، فإنه يجب عليهما القصاص ، بخلاف الجد .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥١ (٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٤
(٣) المغنى جـ ٧ ص ١٤ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٥
(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥١ .

الأمر الثالث : أن الجد لا يسقط حقه فى الميراث إلا إذا كان الأب موجودا ، والأخ يسقط حقه بوجود الأب وبوجود الابن وابن الابن ، وإذا ضاق المال الموروث وفى الورثة جد وأخ فإن الأخ يسقط ويبقى حق الجد فيجب تقديم الجد على الابن والأخ كما يقدم عليهما الأب .

وأما الرأى الثانى الذى يرى أن الابن يجب تقديمه فى الولاية على الجد ، فإنه يعتمد على أن الابن أولى بالميراث وأقوى تعصيبا .

ويعتمد الرأى الثالث القائل بتقديم الأخ على الجد على أن الجد يدلى بأبوة الأب ، وأما الأخ فإنه يدلى ببنوة الأب ، والبنوة مقدمة على الأبوة .

وأما الرأى القائل بأن الأخ والجد سواء ، فإنه يعتمد فى هذا على أمرين :

الأمر الأول : أن الأخ والجد مستويان فى الميراث بالتعصيب ، فاستويا فى القرابة ، وما داما مستويين فى القرابة فإنه يجب أن يستويا فى الولاية ، كالأخوين لما كانا مستويين فى القرابة وجب أن يستويا فى الولاية

الأمر الثانى : أن الجد والأخ عصبتان لا يسقط أحدهما بوجود الآخر ، فوجب أن يكونا مستويين فى الولاية كاستواء الأخوين فيها(١)

هذه هى الآراء فى هذه المسألة وما تستند إليه ، ونرى أن الجد أولى بالتقديم على كل من الابن والأخ لما استند إليه أصحاب هذا الرأى ، ولأمرين آخرين :

أولهما : أن الجد يقدم على الابن نظرا إلى أنه فى حين أن المشاركة فى النسب موجودة بين الجد والمرأة فإن هذه المشاركة غير موجودة بين الابن وأمه ، وذلك لأنه ينتسب إلى أبيه وأمه تنتسب إلى أبيها .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ١٤ ، ١٥

ثانيهما : تقديم الجد على الأخ ، لأن قرابة الأخ ناقصة فتكون مشعرة بقصور الشفقة المطلوبة من الولى على موليته ، فتتطرق الخلل فى المقاصد ، وقد أظهر الشرع أثر نقصان هذه القرابة حيث منع ولاية الأخ فى المال، فيجب أن يظهر أثر هذا النقصان فى النفس[١] .

هذا واستكمالا لهذه المسألة فإننا نحب أن نبين أن بعض العلماء يرون أن الابن لا يصح له أن يزوج أمه أى يتولى أمر زواجها ، وسنبين ما يراه العلماء فى هذه المسألة وما استند إليه كل رأى فيها .

ولاية الابن على امه فى الزواج

اختلف العلماء فى هذه المسألة على رأيين :

الأول : أن البنوة وحدها كافية فى استحقاق الولاية على الأم ، وهذا هو ما يراه الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والحنابلة[٤] .

الثانى : أن البنوة المحضة لا تثبت الولاية على الأم ، وهذا هو ما يراه الشافعية ، قالوا : لا يزوج ابن أمه وإن علت ببنوة محضة . فإذا كان الابن هو فى نفس الوقت ابن ابن عم لأمه ، أو كان قاضيا ، أو حاكما ، أو وكيلا عن وليها فإنه يلى أمر أمه بهذا لا ببنوته .

---

(١) الأمران اللذان ذكرناهما هنا لترجيح الرأى القائل بأن الجد أولى بالتقديم على الابن والأخ علل بهما العلماء فى مسألتين أخريين واستفدنا بهما فى مسألتنا هذه ، فالأمر الأول علل به علماء الشافعية لما يذهبون إليه من أن الابن لا يزوج أمه بمجرد البنوة كما سيأتى فى المسألة التالية ، والأمر الثانى علل به ما يراه أبو حنيفة ومحمد من أن الصغيرة والصغير إذا زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ . مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١ وفتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧ (٣ ، ٤) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٥ والمغنى ج ٧ ص ١٥ .

الاستدلال لكل رأى

دليل الرأى الأول : استدل أصحاب الرأى الأول بأمرين : أولها ماروى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها لما انقضت عدتها . أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها . فقالت : يا رسول الله ، ليس أحد من أوليائى شاهداً ، قال : « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » فقالت : قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه ، رواه النسائى .

وأما الامر الثانى ، فهو أن الابن عدل معدود من عصبة أمه ، فيثبت له ولاية تزويجها كما تثبت ولاية تزويجها لاخيها .

دليل الرأى الثانى :

وأما الشافعية فقد استندوا فى هذا إلى أن الابن لا مشاركة بينه وبين أمه فى النسب فهى تنتسب إلى أبيها وهو منتسب إلى أبيه ، فلا يعتنى الابن بدفع العار عن نسب أمه كما يعتنى بدفع العار عن نسبه .

وأيضا فلأن طبع الابن ينفر من تزويج أمه فلا يتحقق منه نظر كامل لمصلحتها(١) .

المناقشـة

أجاب الشافعية على استدلال المخالفين بحديث أم سلمة رضى الله عنهما بعدة إجابات :

أحدها : أن زواج النبى صلى الله عليه وسلم لا يحتاج إلى ولى ليزوجه فالرسول صلى الله عليه وسلم له الولاية العامة ، وإذا كانت إحدى الروايات تقول : إن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لابنها عمر : « قم فزوج رسول الله » فإن هذا كان استطابة لخاطر ابنها عمر .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١ والمغنى ج ٧ ص ١٥ .

ثانيهما : أن عمر بن أبى مسلمة ولد فى أرض الحبشة فى السنة الثامنة من الهجرة وزواج الرسول صلى الله عليه وسلم بأم سلمة كان فى السنة الرابعة ، وقيل كان سن عمر يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع سنين . كما قاله ابن سعد وغيره ، وعلى هذا فإنه كان حين زواج أمه من رسول الله صلى الله عليه وسلم طفلا فكيف يتصور منه تزويج أمه .

ثالثها : وعلى فرض أنه زوج أمه وهو بالغ ، فإن هذا التزويج إنما كان منه بصفته ابن عم لها ، فبنوة العم هى التى جعلته وليا وليس بكونه ابنا لها ، فقد كان ابنها عمر من بنى أعمامها ولم يكن لها ولى أقرب منه[٢] .

وأما المخالفون للشافعية فقد ردوا على ما استدل به الشافعيه بأن ما ذكروه يبطل بما إذا كان الابن هو فى نفس الوقت ابن ابن عم لامه أو كان حاكما أو قاضيا .

وبعد ، فهذا هو ما يراه العلماء فى ولاية الابن على أمه ، ويبقى الآن أن نبين ما يراه العلماء فى بقية الولاة .

أما الحنفية فكما سبق أن بينا يقدمون الابن على من عداه ، ثم ابن الإبن وإن سفل ، وقد بين الحنفية أن ولاية الإبن أو ابن الإبن وإن سفل لاتتأتى إلا إذا كانت المرأة معتوهة .

ثم هم يقدمون الأب تعبر الإبن وابن الإبن ، ثم الجد ، أبا الأب ، ثم يقدم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، ثم أعمام الأب كذلك الشقيق ، ثم أبناؤه ثم لأب ثم أبناؤه ، ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب ثم أبناؤه وإن سفلوا لأب ثم أبناؤه وإن سفلوا[٢] .

وينبغى أن نشير إلى أن الأحناف لما كانوا يرون أن المرأة البالغة العاقلة تلى أمر نفسها فى الزواج كما سبق أن بينا ، لما كانوا كذلك ، فإنهم بينوا أن هؤلاء

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧

الذين بينا ترتيبهم عندهم يثبت لهم ولاية الإجبار على المرأة فى حال صغرها ، وفى حال كبرها إذا جنت .

وينبغى أيضا أن نوضح أن الحنفية قد اختلفوا فيما إذا كانت المرأة لاعصبة لها ، هل لغيرها عصباتها من الأقارب ولاية التزويج أم لا ؟ فذهب أبو حنيفة أن غير العصبات من الأقارب عند عدم العصبات لهم ولاية التزويج .

وذهب محمد إلى أن ولاية التزويج لاتثبت لغير العصبات ، وهو رواية أيضا عن أبى حنيفة (١) .

وأما المالكية ، فقد علمنا من رأيهم فى أولى الولاة أنه هو الإبن ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم يقدم الأب عندهم ، ثم الاخ لاب وأم ، ثم الاخ لاب ، ثم ابن الاخ الأب وأم ، ثم ابن الأخ لاب ، ثم الجد لاب ، ثم العم لاب وأم ، ثم العم لاب ، ثم ابن العم لاب وأم ، ثم ابن العم لاب (٢) .

وأما الشافعية فقد تبين بماسبق أنهم يرون أن أولى الناس بتزويج المرأة هو أبوها ، ثم الجد أبو الأب . ثم أبو الجد وإعلا ، ثم الأح الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، وإن سفل كل منهما ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب وإن سفل كل منهما ، ثم باقى العصبة من القرابة كالإرث (٣) .

وأما الحنابلة فكما سبق أن بينا أن أحق الناس بالولاية عندهم هو الأب ثم أبو الأب وإن علا ، ثم ابن المرأة وابنه وإن سفل ، ثم يقدم عندهم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم الأعمام ، ثم أولادهم

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٦ ص ١٥١

وإن سفلوا ، ثم أعمام الأب . ثم بنو أعمام الأب وإن سفلوا .(١)

هل لغير العصبات من الأقارب ولاية ؟

اختلف العلماء فى هذه المسألة على رأيين :

الأول : أن غير العصبات من الأرقارب مثل الأخ لأم ، والخال ، وعم الأم ، والجد أب الأم ونحوهم ، لاولاية لهم .

وهذا هو مايراه الإمام أحمد وقول للإمام الشافعى ، وإحدى روايتين عن الإمام أبى حنيفة .

الثانى : أن كل من يرث بفرض أو تعصيب له الولاية ، وهى رواية منقولة عن أبى حنيفة .

ويحتج الرأى الأول بأن غير العصبات من الأقارب يشبه الأجنبى لأنه ليس من عصبتها .

ويحتج الرأى الثانى بأنه من أهل ميراثها فيكون وليها لها كعصباتها .(٢)

إذا اجتمع الاولياء فى درجة واحدة

الاولياء الذين فى درجة واحدة كالإخوة الأشقاء ، أو الاخوة لأب ، أو الأعمام الأشقاء ، أو الاعمام لأب ، إذا اجتمعوا ، وأذنت المرأة المراد المراد تزويجها لكل واحد منهم بانفراده بتزويجها ، أو قالت لأوليائها جميعا : أذنت فى فلان فمن شاء منكم فليزوجنى منه ، فالمستحب أن يتولى تزويجها أفقههم بأحكام الزواج ، لأنه أعلم منهم بالشروط التى يجب أن تتوافر فى الزواج ثم بعده أورعهم لأنه أشفق عليها وأحرص على طلب الاحظ لها ، ثم بعده أسنهم لانه يزيد عنهم بتجربته غالبا ، وتزويج كل من ذكرنا إنما يكون برضا الباقين حتى تجتمع الآراء وتتحقق المصلحة .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ١٣ — ١٦ .

(٢) المصدر السابق ج ٧ ص ١٦ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٣

فإذا حدث وزوجها أحدهم والأفضل موجود ، وكان هذا الزواج برضا المرأة وكان الزوج كفءا لها فإن الزواج صحيح ولا يحق للباقين أن يعترضوا وأما إذا كان قد زوجها من غير كفء فإن الشافعية أفتوا بأن هذا الزواج لا يصح حتى يتفقوا .

ولو أذنت المرأة لواحد منهم لم يزوجها غير من أذنت له .

وأما إذا لم يتفقوا وقال كل واحد منهم : أنا أزوجها ، فى الوقت الذى أذنت فيه لكل واحد منهم أن يزوجها والخاطب الذى يريد أن يتزوج بها واحد فإنه فى هذه الحال يجب أن تجرى القرعة بينهم حتى ينقطع النزاع ، فمن خرجت له القرعة منهم تولى تزويجها ولا تنتقل الولاية إلى الحاكم .

وأما إذا تعدد الخاطب أى كان مريد الزواج بها أكثر من واحد فإنه يعتبر فى هذه الحال رضاها ، فإن كانت راضية بكل الخطاب الذين يريدون الزواج منها أمر القاضى بتزويجها من أصلح هؤلاء الخطاب .

فإذا أجريت القرعة وزوجها غير من خرجت له القرعة ، فإما أن تكون المرأة قد أذنت لكل واحد من أوليائها أن يزوجها ، أو تكون قد أذنت لأحدهم فقط ، فإذا كانت قد أذنت لكل واحد منهم أن يزوجها فالعقد صحيح على الرأى الراجح عند الشافعية ، لأنه قد حدث منها إذن له .

وأما إذا كانت قد أذنت لأحدهم فقط ، فزوجها ولى آخر فإن الشافعية يرون أنه لا يصلح (١) .

تزويج الولى الأبعد مع وجود الولى الأقرب :

إذا وجد أولياء منهم من هو أقرب إلى المرأة ومنهم من هو أبعد منه كالأخ الشقيق مع الأخ لأخ ، والجد مع ابن الأخ وهكذا ، وقام بتزويج

---

(١) الروضة للامام النووى جـ ٧ ص ٨٧ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٠

المرأة من غيره أولى منه ، فى حالة حضور هذا الأولى وعدم منعها من الزواج، وعدم إعطائه إذنا بذلك ، فالعلماء فى هذا على رأيين :

الأول : أن هذا الزواج صحيح ، وعلى هذا الرأى الإمام مالك [١] .

الثانى : أنه لا يصح هذا الزواج . وهو ما يراه الشافعية والحنابلة والظاهرية [٢] .

دليل كل رأى :

أما الرأى القائل بصحة الزواج فإنه يستند إلى أن الذى عقد معدود من أوليائها فله أن يزوجها إذا أذنت له كالأقرب منه سواء بسواء .

وأما الرأى الثانى فيرى أن التزويج مستحق بالتعصيب ، فلا يثبت للأبعد مع وجود من هو أقرب منه كما هو الحال فى الميراث [٣] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٦

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٢٨ والمحلى لابن حزم جـ ٦ ص ٥٦٠

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٢٨

إذا عقد وليان عقدى زواج لرجلين

لو أذنت المرأة لأوليائها المستوين فى الدرجة فى أن يزوجوها، فزوجها أحد هؤلاء الأولياء رجلا، وزوجها ولى آخر رجلا آخر، وكان كل من الرجلين كفءا للمرأة، أو كانت قد أذنت لاثنين من أوليائها بتزويجها، غير أنها أذنت لواحد منهما بتزويجها من رجل، وأذنت للآخر بتزويجها من رجل آخر، وكان كل منهما أيضاً كفءا لها، فزوجها كل من الواليين بمن أذنت له فى الزواج منه، فلهذه المسألة أحوال خمسة :

الحال الأولى : أن يعرف العقد السابق، فيكون هو الصحيح وما بعده عقداً باطلا، حتى ولو كان المسبوق قد دخل بها .

الحال الثانية : أن يعلم بحدوث العقدين معا بدون سابق ولاحق، فالعقدان باطلان .

الحال الثالثة : أن يكون سبق أحدهما على الآخر مجهولا، أو يجهل كونهما معاً فالعقدان أيضاً باطلان .

أما كونهما باطلين فى حالة ما إذا كان سبق أحدهما على الآخر مجهولا، فلأن الجمع بين العقدين لا يمكن، وأحد العقدين ليس بأولى من الآخر فى الصحة، فتعين أن يكون الاثنان باطلين .

وأما كونهما باطلين فى حالة ما إذا جهلت المعية فيهما، فلأنهما إما أن يكونا قد وقعا معاً أو يكونا قد وقعا مرتبين . فإذا كانا قد وقعا معاً تدافعا فلا يصح واحد منهما . وإن كانا قد وقعا مرتبين فلا اطلاع لنا على العقد الذى سبق من هذين العقدين، وإذا كان إمضاء العقد متعذراً فإنه يلغو، وذلك لأن الأصل فى الفروج التحريم حتى يتحقق سبب يبيحها .

الحال الرابعة : أن نعرف أن أحد العقدين قد سبق الآخر . لكننا لم نعلم

أى العقدين هو السابق . وأيسنا من التعيين ، فالعقدان باطلان أيضا على الرأى الراجح عند الشافعية .

الحال الخامسة : أن نعلم بسبق عقد معين منهما ، ثم بعد ذلك اشتبه علينا هذا المعين الذى كنا علمنا سبقه بالآخر ، فإنه فى هذه الحال يجب أن نتوقف حتى تتبين العقد السابق لجواز أن تتذكر هذا السابق الذى اشتبه علينا أمره ، لأنا تحققنا صحة عقد الزواج فلا يرتفع هذا العقد إلا بأمر متقين ، فيجب أن يمتنع كل من الخاطبين من المرأة ، فلا يحل لواحد منهما الاستمتاع بها ، ويرى الشافعية أن هذه المرأة فى هذه الحال لا يحل لها أن تتزوج غير هذين الرجلين إلا إذا بانت منهما بأن يطلقها كل منهما ، أو يموتا ، أو يطلق أحد الرجلين ويموت الآخر ، وتنقضى عدتهما من موت آخرهما ، ولا مبالاة بطول ضررها كما هو الحال فى زوجة المفقود ، وبين الشافعية أن لها أن تطلب من القاضى فسخ هذا الزواج فى هذه الحالة لما يصيبها من ضرر بسبب التوقف للإشكال .

هذا الحكم فى الصور الخمس المتقدمة فيما إذا كان كل من الرجلين كفئين كما سبق توضيحه ، وأما إذا كانا غير كفئين فزواجهما باطل ، وإذا كان أحدهما كفءا والآخر غير كفء فنكاح الكفء هو الصحيح ولآخر باطل .(١)

ويرى المالكية أن المرأة غير المجبرة إذا أذنت لوليين لها فى تزوجها ، وعقد كل منهما لرجل ، وعلمنا الأول والثانى من هذين العقدين ، فالمرأة هنا للرجل الثانى دون الأول ، بشروط ثلاثة :

الأول : أن يتلذذ بها الثانى بمقدمات وطء وهو غير عالم بالزواج الأول .

الثانى : أن لا تكون فى عدة وفاة الأول .

الثالث : أن لا يتلذذ بها الأول قبل تلذذ الثانى .

وتكون للأول إذا لم يتلذذ بها الثانى أصلا ، أو يكون الثانى قد تلذذ بها

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

عالما بأنه ثان . وثبت هذا العلم ببينة على إقراره قبل أن يتلذذ أنه يعلم أنه ثان ، وشهدت عليه البينة بهذا الإقرار ثم تلذذ(١) .

ويستند رأى المالكية إلى قول عمر بن الخطاب : « إذا أنكح الوليان فالأول أحق مالم يدخل بها الثانى » ولأن الرجل الثانى قد اتصل القبض أى قبض الزوجة بعقده ، فيصير أحق بها من الرجل الأول .

وهذا رأى ضعيف والرأى القوى أن المرأة لمن علم سبقه ، مادام قد وجد هذا العلم بالسبق ، سواء أكان الثانى قد دخل بها أم لا ، ويدل لهذا عدة أدلة :

الأول : ماروى سمرة وعقبة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أيما امرأة زوجها وليان فهى للأول » وحديث سمرة أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى ، وحديث عقبة أخرجه النسائى .

الثانى : أن الرجل الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج ، فهو زواج باطل كما لو علم هذا الرجل أن لها زوجا .

الثالث : أن هذا الزواج لو لم يتحقق فيه الدخول يكون باطلا ، فيكون كذلك باطلا لو دخل بها ، كما نحكم ببطلان الزواج من المعتدة والمرتدة سواء أكان قد دخل بها أم لم يدخل .

وأما قول عمر الذى يستدل به على رأى المالكية فلم يصححه علماء الحديث ، وأهم من هذا أنه جاء مخالفا لحديث النبى صلى الله عليه وسلم ، وماذكروه من القبض غير مسلم ، فإن الزواج يصح حتى ولو لم يحصل قبض الزوجة ، ومما يؤكد عدم صحة هذا الرأى أن كل أنواع الأنكحة الفاسدة كنكاح المحرمات ، أنكحة باطلة سواء أكان قد حدث دخول أم لا .(٢)

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤

(٢) المغنى ج ٧ ص ٥٩ .

غيبة الولى

إذا كان الولى الأقرب موجوداً فليس للبعيد حق تزويج المرأة، بل هذا الحق هو للولى الأقرب، كالأب مثلا إذا وجد معه الجد أو الأخ أو العم، فإن حق التزويج للولى الأقرب وهو الأب هنا، ولا ولاية للجد ولا للأخ ولا للعم مع وجود الأب،

وإذا كان الولى الأقرب غائبا غيبة منقطعة، أى ينقطع من إمكان تزويجها، ولن ينتظر الخاطب الكفء حتى يجىء، فإن العلماء مختلفون فى هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الأول : أنه يجوز للولى الأبعد من عصبتها أن يزوجها، وهذا هو مايراه الإمام أبو حنيفة والحنابلة.(١)

الثانى : أنه لايجوز للولى الأبعد ولا لأحد أن يزوجها حتى تبلغ. وهذاهو مايراه زفر من أئمة الأحناف(٢).

الثالث : أن الذى يتولى التزويج هو حاكم بلد المرأة أو نائبه، وهذا الرأى هو مايراه الشافعية والمالكية.(٣)

الأدلة

أما أصحاب الرأى الأول فقد استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « السلطان ولى من لاولى له » فهذا الحديث الشريف قد بين أن السلطان له الولاية إذا لم يكن لها ولى، ولما كانت هذه المرأة لها ولى فلا يكون السلطان وليا لها. واستدلوا أيضا بأنه من المسلم به أن الولى الأقرب إذا أصابه الجنون أو مات

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٥ والمغنى ج ٧ ص ٣٢ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٥ .

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٧ والشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٣٠ .

فإن الولاية تثبت لمن يليه من العصبات ، فكذلك هنا لأن الأقرب قد تعذر حصول التزويج منه ، كما لا يمكن حصول التزويج من المجنون أو الميت[١]

وأما زفر فقد بين أن ولاية الأقرب قائمة لأن هذه الولاية إنما ثبتت حقا له من أجل أن تصان القرابة عن نسبة غير الكفء إليها ، والحق الثابت لشخص لا يبطل إذا غاب ، ولهذا فإن العلماء يتفقون على أن الولى الغائب إذا تزوج المرأة وهو فى مكانه الغائب فيه فإن هذا الزواج صحيح .

وإذا كانت ولاية الأقرب قائمة ولا تؤثر غيبته فيها فإنه لا يكون حينئذ للأبعد ولاية[٢] .

وأما الشافعية فقد عللوا لما ذهبوا إليه بأن الغائب ولى للمرأة ، والتزويج حق له ، ولكن استيفاء التزويج منه الآن متعذر ، فينوب الحاكم عنه .

هذه أدلة الآراء التى بيناها فى مسألة غياب الولى ، وينبغى أن نشير إلى أن بعض الفقهاء قال أن الأولى فى هذه المسألة أن يرفع الأمر إلى القاضى فيأذن القاضى للولى الأبعد أن يزوج المرأة ، أو يستأذن القاضى الولى الأبعد فى أن يتولى القاضى تزويجها ، حتى تخرج عن خلاف العلماء[٣]

ويبقى الآن أن نبين آراء العلماء فى حد المسافة التى يعتبر الولى غائبا فيها غيبة منقطعة .

ذهب بعض العلماء إلى أن هذه الغيبة تتحقق إذا كان الولى فى مكان لا يصل إليه الكتاب ، أو كان الكتاب يصل إليه ولكنه لا يجيب عن هذا الكتاب ، لأن الشخص إذا كان على هذه الحال فإن مراجعته متعذرة بالكلية فتكون هذه الغيبة منقطعة .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٢

(٢) شرح العناية على الهداية ج ٢ ص ٤١٥

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٧

وذهب البعض إلى أن حد مسافة الغيبة المنقطعة هو أن لا ترد القوافل فيه فى السنة إلا مرة واحدة ، وعلل هذا الرأى بأن الخاطب الكفء ينتظر فى الغالب سنة لا يعقد له على المرأة التى أراد الزواج بها ، ولا ينتظر أكثر من هذه السنة ، فيتحقق الضرر بتركه الزواج منها .

وذهب بعض آخر من العلماء أن هذه المسافة هى المسافة التى تقصر فيها الصلاة ، واستند فى هذا إلى أن السفر الذى تقصر فيه الصلاة هو السفر الذى علقت عليه الأحكام .

وبعض آخر يرى أن حد المسافة التى يعتبر الولى غائبا فيها غيبة منقطعة هو مالا يقع إلا بكلفة ومشقة .

وبعض الحنفية يرى أن حد هذه المسافة هو ما بين الرى وبغداد ، وبعض الحنفية أيضا يرى أنها من البصرة إلى الرقة ، والمالكية يرون أن المسافة من بلد المرأة ثلاثة أيام .

وكما ترى فإن فى زماننا الذى نعيش فيه الآن قد قربت وسائل الاتصال الحديثة ما بين البلاد من مسافات ، وأغلب الظن أنه لا تكاد توجد فى الأرض بقعة يسكنها الإنسان ولا يصل إليها الكتاب ، ولا يكاد يوجد أيضا مكان لا ترد القوافل فيه إلا مرة واحدة فى السنة ، ولهذا فإننا نوافق العلامة ابن قدامة فى رأيه فى هذه المسألة وهو أن الغيبة المنقطعة هى التى لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، قال ابن قدامة بعد أن ذكر للإمام أحمد قوله : « إذا لم يكن ولى حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا ، إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فالسلطان ولى من لا ولى له » قال ابن قدامة بعد ذكره لقول الإمام أحمد[1] : « وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف فى هذه المسألة ، فترد إلى ما يتعارفه

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٢ ، ٢٣ والشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠

الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله ، فإنه يتعذر فى ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب ، فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر يلحق بالانتظار فى مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبعد . ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة فى مكاتبته ، والتوسط أولى ، والله أعلم » .

وعلى هذا الرأى يعتبر غائبا غيبة منقطعة ، من تعذر الوصول إليه بسبب فتنة أو خوف ، أو كان فى البلد مسجونا وتعذر الوصول إليه ، أو كان مفقودا لا يعرف مكانه ولا يعرف إن كان حيا أو ميتا ولم يحكم بموته ، ليتعذر تزويجها من جهته ، هذا ما بينه الشافعية ، ويرى المالكية أنه لو أسر الولى الأقرب ، أو فقد فلم يعلم موضعه ، فالذى يتولى التزويج هو الأبعد لا الحاكم[١] .

المرأة التى ليس لها ولى

إذا كانت المرأة لا ولى لها وأريد الزواج بها ، فإن الحاكم له حق الولاية عليها ، قال ابن قدامة :[٢] « لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها » .

على هذا المالكية[٣] والأحناف[٤] والشافعية[٥] والحنابلة وغيرهم[٦] .

والدليل على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فالسلطان ولى من لا ولى له » ، وما رواه أبو داود عن أم حبيبة : « أن النجاشى زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده » .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٧ والشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٣٠
(٢) المغنى ج ٧ ص ١٧ (٣) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٦
(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٤ (٥) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٣
(٦) المغنى ج ٧ ص ١٧

وأيضا فإن السلطان له ولاية عامة بدليل أنه يلى المالى فكان له الولاية فى الزواج كالأب(١) .

والأحناف يبينون أن لكل من رئيس الدولة والقاضى حق الولاية على المرأة التى عدم أولياؤها ، ويشترطون فى جانب القاضى أن يكون ذلك فى عهده ومنشوره.

وكذلك يشترط الشافعيه أن تكون المرأة فى محل ولايته . وأما إذا لم تكن المرأة فى محل ولاية القاضى فليس له تزويجها عندهم وإن رضيت المرأة(٢)

ثم فى ختام هذه المسألة نسأل : هل حاكم البلد الذى ليس بقاض له حق ولاية تزويج المرأة التى ليس لها ولى .

يجيب عن هذا ابن قدامة فيبين أن الرواية عن الإمام أحمد مختلفة فى هذه المسألة ، فقال فى موضع : يزوج والى البلد ، وقال فى موضع آخر فى المرأة إذا لم يكن لها ولى ، فالسلطان المسلط على الشيء ، القاضى يقضى فى الفروج ، والحدود ، والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط فى الأدب والجناية ، وقال : ما للوالى ولاية ، إنما هو إلى القاضى .

فالإمام أحمد نقل عنه الروايتان ، أى بصحة التزويج من الوالى وبعدم ثبوت الولاية له ، وقد جمع بعض علماء الحنابلة بين هاتين الروايتين المختلفتين بأن الرواية الأولى القائلة بصحة تزويج والى البلد ، محمولة على ما إذا كان الوالى قد أذن له فى تزويج النساء اللاتى ليس لهن ولى ، أو أن لهذا الوالى ولاية التزويج إذا لم يكن فى موضع ولايته قاض ، فكأن هذا الوالى قد فوض إليه أن ينظر فيما يحتاج إليه فى ولايته ، وهذا الأمر مما فوض إليه .

(١) المغنى جـ ٧ ص ١٧
(٢) شرح العناية جـ ٢ ص ٤١٤

وأما إذا لم يكن للمرأة ولى ، ولا يمكنها أن تصل إلى الحاكم أو إلى قاض ، فإنه يصح أن يزوجها رجل عدل بإذنها بشرط أن يحتاط لها فى الزوج الكفء والمهر اللائق بمثلها .

هذا هو ما يراه الحنابلة وبعض الشافعية ، ويوجد رأيان آخران فى فقه الشافعية ، أحدهما يرى أنه لا تزوج المرأة فى هذه الحالة ، والثانى يرى أنه يجوز لها أن تزوج نفسها لوجود الضرورة المبيحة لذلك[1] .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ١٧ ، ١٨ والروضة للنووى ج ٧ ص ٥٠

الفصل الخامس

ولاية الإجبار

ويشتمل على ما يأتي :

١ — معنى الإجبار .
٢ — تزويج البكر الصغيرة .
٣ — استئذان البكر البالغة العاقلة .
٤ — إجبار البكر البالغة العاقلة .
٥ — تزويج الثيب .
٦ — بم يكون إذن الثيب والبكر ؟
٧ — تزويج المجنونة .
٨ — تزويج المجنون .

معنى الإجبار :

الإجبار معناه أن يباشر الولى العقد فيجب إنفاذه على المرأة سواء أكانت راضية أم غير راضية[1] .

تزويج البكر الصغيرة

الجماهير الكثيرة من علماء الأمة على أن المرأة البكر الصغيرة ، أى التى لم تبلغ يجوز لأبيها أن يزوجها حتى ولو كانت كارهة أو ممتنعة ، مادام قد زوجها من كفء .

وذهب ابن شبرمة إلى أنه لايجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن فى تزويجا .[2] وقد اتفق العلماء على أن البلوغ يعرف إما بنزول الحيض أو ببلوغها خمس عشرة سنة .

وقد استدل العلماء على جواز تزويج الصغيرة بقول الله تبارك وتعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » فالآية قد بينت أن النساء اللاتى لم يحضن يجب أن يعتددن بثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة إلا من طلاق بعد الزواج أو من فسخ لهذا الزوج ، فهذا دليل على أن المرأة التى لاتحيض أى الصغيرة يصح أن تزوج وأن تطلق ، ومادامت المرأة صغيرة أى غير بالغة فليس لها إذن معتبر .

واستدلوا أيضا بما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ، وبنى بى وأنا ابنة تسع » متفق عليه ، ومن الواضح أن البنت فى هذه السن التى بينتها السيدة عائشة ممن لايعتبر إذنها .

وورد أيضا أن على بن أبى طالب زوج ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب رضى الله عنهما .[3]

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ (٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٦٠

(٣) المغنى ج ٧ ص ٤٠ .

ويرى ابن شبرمة أن تزويج عائشة رضى الله عنها للنبى صلى الله عليه وسلم هو خصوصية للرسول ، كزواج الهبة ، والزيادة له فى الجمع بين الزوجات على أربع .(١)

هل يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة ؟

تبين مما قدمنا أن الجماهير الكثيرة على أن الأب يجوز له أن يزوج ابنته البكر الصغيرة والسؤال الآن ، هل يجوز لغير الأب أن يزوج الصغيرة أم أن ذلك خاص بالأب ؟

العلماء مختلفون فى هذا على عدة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أنه لايزوج الصغيرة إلا الأب ، وهذا هو مايراه المالكية ، والحنابلة ، وأبو عبيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن حزم .(٢)

المذهب الثانى : يرى أنه لايزوج الصغيرة إلا الأب ، أو الجد عند عدم الأب ، أو عند عدم تحقق الأهلية فى الأب ، وهذا هومايراه الشافعية ، وبينوا أنه يستحب للأب والجد أن لايزوجا البكر الصغيرة حتى تبلغ ،(٣) وبينوا أن من على حاشية النسب ، كالأخ الشقيق أو لأب ، والعم الشقيق أو لأب ، وابن كل منهم فلايجوز له أن يزوج الصغيرة بأى حال من الاحول ، سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، عاقلة أم مجنونة(٤) .

المذهب الثالث : يرى أنه يجوز أن يزوج الصغيرة غير الاب والجد من الأولياء ، ولها الخيار إذا بلغت إذا زوجها غير الاب والجد ،وأماهمافلا، وهذا هو مايراه الحنفية ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء وطاووس، والاوزاعى وغيرهم(٥) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٦٠

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤١ والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٦٠

(٣) صحيح مسلم بشرح النوى ج ٩ ص ٢٠٦ (٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩

(٥) المغنى ج ٧ ص ٤١ .

الأدلة

دليل المذهب الأول والثانى : أما أصحاب المذهب الأول والثانى فيستندون فيما يرونه إلى مارواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر » رواه أبوداود والنسائى وصححه ابن حبان ، واليتيمة فى الشرع هى التى لا أب لها ، ونظرا إلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « واليتيمة تستأمر » والصغيرة لايصح استئمارها إذ لافائدة فى إستئمارها ، فلا يصح أن تستأمر إلا بعد البلوغ .

وقد استند الشافعية فيما يرونه من إلحاق الجد فى هذا بالاب عند عدمه أو عدم أهليته ، إلى أن للجد ولاية وعصوبة كالاب(١) .

وأما الذين اقتصروا على الاب ، فقد قالوا : إن غير الاب قاصر الشفقة لايبلغ فيها مرتبة الاب ، وعلى هذا فلايصح أن يلى زواج الصغيرة كالاجنبى سواء بسواء ، وأيضا فإن الاب يدلى إلى المرأة بغير واسطة بينه وبينها ، والاب يدلى إليها بواسطة الاب ، والاب وجوده يؤدى إلى إسقاط الإخوة والجد فى الميراث ، بخلاف الجد(٢) .

دليل المذهب الثالث : استند أصحاب المذهب الثالث إلى ظاهر قوله تعالى : « وإن خفتم أن لاتقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء » الآية ، قالوا : فالقرآن الكريم منع من زواج اليتيمة عند وجود الخوف من عدم العدل فيها ، وهذا يتفرع عن جواز الزواج بها عندما لايكون هناك خوف من عدم العدل ، قالوا : ولايصح لمعترض أن يعترض علينا بأن استدلاو بمفهوم الشرط ، والحنفية لاتقول بصحة الاستدلال بالمفهوم ، لايصح أن يعترض معترض بهذا ، لأن الأصل هوأنه يجوز الزواج بغير المحرمات مطلقا ، وقدقام

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ (٢) المغنى ج ٧ ص ٤٠

الدليل على منع الزواج باليتيمة عند وجود الخوف من عدم العدل فيها ، فإذا انعدم الخوف من عدم العدل فإن جواز الزواج بها ثابت بالأصل الذى قلناه وهو جواز التزوج بغير المحرمات مطلقا ، وليس جواز الزواج بها ثابتا بمفهوم الشرط ، بل إن هناك مايدل صراحة على ذلك وهو قول السيدة عائشة رضى الله عنها : إن الآية نزلت من يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها ولا يقسط فى صداقها ، فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق ، وقالت السيدة عائشة أيضا فى قول الله تعالى : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ومايتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » الآية ، نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ، ولا يرغب فى نكاحها لدمامتها ، ولا يزوجها من غيره كى لا يشاركه فى مالها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فالقرآن الكريم إذن أمر بتزويج اليتامى من غير الأولياء ، أو تزوج الأولياء من اليتامى بشرط العدل(١) .

إستئذان البكر البالغة العاقلة

العلماء مختلفون فى الأب إذا زوج البكر البالغة العاقلة بغير إذنها على رأيين :

الرأى الأول : يرى أنه يشترط استئذانها ،فلو عقد عليها بغير استئذانها لم يصح العقد .

على هذا الرأى،الأوزاعى،والثورى، والحنفية،وأبو ثور ،والظاهرية(٢).

الرأى الثانى : يرى أنه يجوز للأب أن يزوجها ولو كانت بالغا بغير استئذانها .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٦

(٢) فتح البارى لابن حجر ج ٩ ص ١٩٣ ، وفتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٦٠

وهذا الرأى هو مايراه ابن أبى ليلى ، ومالك ، والليث بن سعد ، والشافعى وأحمد ، وإسحاق(١) .

الاستدلال لكل رأى

دليل الرأى الأول :

ما رواه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت »(٢) .

دليل الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها » رواه مسلم ، وفى لفظ من رواية ابن عباس أيضا : ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر » رواه أبو داود ، والنسائى ، وصححه ابن حبان(٣) .

فمنطوق الحديث بين أن الثيب أحق بنفسها من وليها ، فدل المفهوم على أن ولى البكر أحق بها منها .

والاستئمار عند الشافعى للبكر البالغة العاقلة مستحب ، وهو لتطييب نفسها ، ويؤيده حديث ابن عمر المرفوع : « وأمروا النساء فى بناتهن » أخرجه أبو داود .

قال الشافعى : لا خلاف أنه ليس للأم أمر ، لكنه على معنى استطابة النفس(٤)

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٩٣ والشرح الكبير للدرديرى ج ٢ ص ٢٢٢ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ والمغنى ج ٧ ص ٤٠

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٩١

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١١٩

(٤) فتح البارى ج ٩ ص ١٩٣

إجبار البكر البالغة العاقلة

اختلف العلماء فى إجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج من الرجل الكفء، على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن من حق الرجل أن يجبر ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج كما يجوز له ذلك فى الصغيرة .

وهذا هو ما يراه المالكية [١] ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، والحنابلة ، وإسحاق [٢] .

شروط الإجبار :

بين فقهاء الشافعية أنه يشترط لجواز إجبار الأب ابنته فى الزواج عدة شروط :

الشرط الأول : أن لا يكون بين الأب وابنته عداوة ظاهرة بأن لا يخفى على أهل محلتها .

الشرط الثانى : أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة مطلقا ، سواء أكانت ظاهرة أم غير ظاهرة

الشرط الثالث : أن يريد الأب أن يزوجها من كفء لها .

الشرط الرابع : أن يكون المهر الذى جعله الزوج لها مهرا لمثلها .

الشرط الخامس : أن يكون المهر حالا أى غير مؤجل .

الشرط السادس : أن يكون المهر نقدا من نقد البلد الذى تقيم فيه .

الشرط السابع : أن لا يكون الزوج معسرا بالحال من المهر .

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ صـ ٢٢٢

(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ صـ ١٤٩ والمغنى جـ ٧ صـ ٤٠

الشرط الثامن : أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته ، كالأعمى، والشيخ الهرم.

الشرط التاسع : أن لا يكون قد وجب عليها الحج ، فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج واجبا على التراخي ، ولها غرض فى تعجيل براءة ذمتها .

ثم بينوا أن بعض هـذه الشروط مطلوب تحققه لكى يصح العقد بغير رضاها ، وبعضها مطلوب تحققه لجواز أن يقدم أبوها على تزويجها . فالمطلوب تحققه لكى يصح العقد بغير رضاها ، هو أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة ، وعدم العداوة بينها وبين الزوج مطلقا، وأن يكون الزوج كفء ا ، وأن يكون موسرا بحال مهرها .

وما عدا هذه الشروط هى شروط لابد أن تتحقق حتى يجوز له أن يقدم على تزويجها بغير رضاها ، أى لا يجوز له شرعا عند عدم هذه الشروط وإن صح العقد .

وبينوا أيضا أنه يكره لأبيها أن يزوجها ممن تكرهه حتى ولو لم يصبها الضرر من تزويجها له(١)

وبين المالكية على الرأى الراجح عندهم أن الأب لا يجبر البكر أن تتزوج من ذى عاهة كالخصى ، والمجنون ، والمصاب بالبرص ، أو الجذام ، أو العنين أو المجبوب(٢)

الرأى الثانى : يرى أن الأب ليس من حقه أن يجبر ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج ، وهـذا الرأى هو ما يراه الأوزاعى ، والثورى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، والأحناف ، وابن المنذر(٣) .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ صـ ١٤٩ وحاشية الشرقاوى

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ صـ ٢٢٢

(٣) المغنى جـ ٧ صـ ٤٠ وفتح القدير جـ ٢ ص ٢٩٥

مبنى الخلاف بين العلماء :

وخلاف العلماء فى هـذه المسألة مبنى على أن علة ثبوت ولاية الإجبار هل هى الصغر فى المرأة أو البكارة ، فعند الأحناف ومن معهم هى الصغر ، وعند الشافعى ومن معه هى البكارة ، فإذا كان الأب قد زوج ابنته الصغيرة ودخل بها الزوج ، ثم طلقها قبل البلوغ ، فعند الشافعى لا يجوز لأبيها أن يزوجها إلا إذا بلغت ويأخذ رأيها فى الزواج ، لأنها حينئذ ليست بكرا .

وعند الأحناف لأبيها أن يزوجها لوجود الصغر .

الاستدلال لكل رأى

دليل القائلين بالجواز :

أما القائلون بالجواز فقد استدلوا بما يأتى :

أولا : بما رواه الدارقطنى ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها . والبكر يزوجها أبوها »

ووجه الاستدلال ، أنه لما قسم النساء إلى قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، دل ذلك على نفى هذا الحق عن القسم الآخر وهى المرأة البكر ، فيكون وليها أحق منها بها . وما جاء فى رواية مسلم بلفظ « والبكر يستأمرها أبوها[1] » محمول على أن الاستئمار مندوب[2] وذلك لأن الاستئمار قد يكون تطييبا للنفس ، ويؤيد ذلك حديث ابن عمر مرفوعا : « وأمروا النساء فى بناتهن » أخرجه أبو داود[3] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٩ ص ٢٠٣ طبع المطبعة المصرية

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٤٠

(٣) فتح البارى جـ ٩ ص ١٩٣

فنى هـذا الحديث الشريف أمر من النبى صلى الله عليه وسلم باستئمار الأمهات فى بناتهن ، ولم يقل أحد من العلماء إن هذا الاستئمار واجب ، بل هم متفقون على استحبابه تطييبا لنفسها[1]

وأجاب الأحناف على هذا الدليل ، بأن ذلك استدلال بالمفهوم ، والمفهوم ليس حجة عند الأصناف .

ولو سلم أن المفهوم حجة فلا يصح أن يكون دليلا هنا ، وذلك لأن شرط الاستدلال بالمفهوم عند القائلين بأنه يصح الاستدلال به هو أن لا يكون معارضا لمنطوق دليل آخر ، وهنا قد عارض المفهوم المنطوق فى مثل ما جاء من حديث ابن عباس أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم .

ولو سلمنا أن المفهوم لم يتعارض مع حديث تخيير البكر ، فإن نظم باقى حديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » يخالف المفهوم ، وباقى الحديث هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم « والبكر يستأمرها » إلخ إذ إن الاستئمار واجب كما يفيده لفظ الخبر ، ووجوب الاستئمار يتنافى مع كون حق الإجبار ثابتا لأبيها ، لأن الاستئمار طلب الأمر أو الإذن ، والفائدة الظاهرة من طلب الامر أو الإذن ليست إلا ليحصل لنا علم برضاها أو عدم رضاها ، فيعمل الاب على وفق ما أبدته من الرضا أو على وفق ما أبدته من عدم الرضا .

هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب أن نبقى مع هـذا الظاهر وأن نقدمه على المفهوم إذا تعارض معه .

والحديث الذى استدللتم به ، وهو حديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » قد أفاد لفظه إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقا ، ثم أثبت مثل هذا للبكر ، حيث أثبت للبكر حق أن تستأمر ، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٩٣

الثيب والبكر بلفظ يخص كلا منهما ، وكأن الحديث قال : الثيب أحق بنفسها ، والبكر أحق بنفسها أيضا ، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجه فى ضمن إثبات حق الاستئمار لها ، والسبب فى هذا هو أن العادة قد جرت على أن البكر لا تخطب إلى نفسها بل تخطب إلى وليها ، وأما الثيب فإنها تخطب إلى نفسها لا إلى وليها ، فلما كان الحال أن البكر أحق بنفسها كالثيب ، غير أنها تختلف عن الثيب بكون خطبتها تكون عن طريق الولى ، صرح الحديث بإيجاب استئماره إياها ، فلا يفتات عليها الولى بتزويجها قبل أن تبدى موافقتها على التزوج بالخاطب الذى تقدم للزواج منها .

وهذا المعنى الذى بيناه يعضده الرواية الأخرى الثابتة فى صحيح مسلم وأبى داود ، والترمذى ، والنسائى ، ومالك فى الموطأ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » ، ومن المعلوم أن لفظ « الأيم » معناه من لا زوج لها ، سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، فهذه الرواية صريحة فى أنها أثبتت الأحقية للبكر ، ثم خصصتها بالاستئذان ، والسبب فى هــذا هو ماقلناه من أن البكر تختلف عن الثيب فى كونها تخطب إلى الولى .

وبهذا الذى قلناه تكون الروايتان متفقتين ، بخلاف ما سار عليه المخالفون فإنه يثبت المعارضة بين الروايتين ويخصص منطوق « الأيم » فيحملها على الثيب فقط ، مع أن الأيم معناها كما قلنا من لا زوج لها سواء أكانت بكراً أم ثيبا ، فالمخالفون خصصوا المنطوق لإعمال المفهوم ، مع أن بقية لفظ رواية : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ظاهرة فى مخالفة المفهوم ، فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه فى تقرير هذا الحديث(١) .

ثانيا — استدل القائلون بجواز الإجبار أيضا بأمر عقلى ، وهو أن البكر

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٩٦

البالغة العاقلة لما كانت لم تمارس الرجال بالاتصال الجنسى كانت شديدة الحياء وجاهلة بأمر الزواج وعاقبته ، فكانت كالبكر الصغيرة فى هذا الأمر . ولما كانت البكر الصغيرة يجوز لابيها أن يجبرها على الزواج ، فكذلك البكر الكبيرة[1] .

وأجاب الحنفية على هذا . بقولهم : إننا نمنع أن تكون العلة فى جواز إجبار البكر الصغيرة التى جعلتموها أصلا لإلحاق البكر الكبيرة به ، نمنع أن تكون العلة فى البكر الصغيرة هى الجهل بأمر الزواج وعاقبته ، بل إن الجهل معلوم إلغاؤه ، لاننا نقطع بأن الذى يجهل أمور البيع والشراء لسبب عدم ممارسته لهما ، بأن عقد بيعه وشرائه صحيح ، بل إن الجهل منتف فى البكر البالغة العاقلة ، لانه قلما تكون المرأة البكر البالغة العاقلة جاهلة بعقد الزواج وحكمته .

ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط حتى يمكن أن نعلق الحكم به ، بل هو أمر يختلف باختلاف الاشخاص فلا يصح أن يعتبر أصلا ، بل الذى يجب اعتباره هو الامر الظاهر الضابط لكل مرتبة ؛ وهو ما يسمى بالمظنة ، وهل المظنة هنا هى بكارة المرأة أو صغرها ؛ نحن نقول إنها الصغر والبكارة معلوم إلغاؤها بالادلة التى سنبينها .

دليل القائلين بعدم الجواز :

استدل الاحناف ومن معهم من القائلين بأنه لا يجوز للرجل أن يجبر ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج بالادلة الآتية :

أولا : ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله ؛ وكيف إذنها قال : « أن تسكت[2] » .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٩١

ثانيا : مارواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه عن ابن عباس ، أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم[١] .

وقد رد المخالفون للحنفية على هذا الدليل بأمرين :

الأمر الأول : أن هذا الحديث مرسل والحديث المرسل ليس بحجة[٢] .

وأجيب عن هذا ، بأن هذا الحديث رواه أيوب بن سويد عن الثورى عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقى عن زيد بن حبان عن أيوب موصولا . ومن المعلوم أنه إذا اختلف فى وصل الحديث وإرساله فالحكم لمن وصله[٣] .

الأمر الثانى : أن حديث البكر إذا ثبت فهو محمول على أن أباها كان زوجها من غير كفء ، قال ذلك البيهقى مقويا رأى الشافعى ، وقال ابن حجر بعد أن ذكر نص كلام البيهقى « وهذا الجواب هو المعتمد ، فإنها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما[٤] .

وأجيب عن هذا ، بأن التأويل الذى حمل البيهقى الحديث عليه لا يوجد دليل يدل عليه ، ولو كان كما قال لذكرته المرأة ، ولكنها قالت : إن أباها زوجها وهى كارهة ، فالعلة هى كراهتها ، فعليها قد علق التخيير لأنها المذكورة فكان الرسول صلى الله عليه وسلم قال : إذا كنت كارهة فأنت بالخيار . والقول بأنها واقعة عين كلام غير صحيح ، بل حكم عام لعموم علته ، فكلما وجدت الكراهة ثبت الحكم .

---

(١) سبل السلام ج٣ص١٢٠ .　　(٢) المغنى جـ ٧ صـ ٤١ .

(٣) سبل السلام جـ ٣ صـ ١٢٠　　(٤) فتح البارى جـ٩ صـ ١٩٦

ثالثا : مارواه النسائى عن عائشة رضى الله عنها أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها ، فقالت : إن أبى زوجنى من ابن أخيه يرفع بى خسيسته وأنا كارهة ، قالت : اجلسى حتى يأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فدعاه . فجعل الأمر إليها ، فقالت : يارسول الله ، قد أجزت ماصنع أبى ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شىء .

والظاهر أن هذه الفتاة كانت بكراً ، ولعلها أن تكون هى البكر التى فى حديث ابن عباس ، وقد زوجها أبوها كفءا هو ابن أخيه .

ولو فرض أنها كانت ثيبا فقد صرحت فى الحديث : أنه ليس مرادها إلا إعلام النساء أنه ليس للآباء من الأمر شىء ، ولفظ النساء لفظ عام يشمل الثيب والبكر ، وقد قالت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقرها عليه ولم ينكره . والمراد بنفى الأمر عن الآباء نفى التزويج جبراً على المرأة ، لأن السياق فى ذلك(١) .

رابعا : لما كانت المرأة البكر البالغة العاقلة يجوز لها أن تتصرف فى مالها ، وليس لأحد الحق فى أن يتصرف فى أقل شىء من مالها إلا برضاها ، ومن المعلوم أن كل مايمتلكه الإنسان من أموال لايساوى نفسه ، فكيف يتصور أن يكون الأب ممنوعا من التصرف فى مالها إلا بإذنها وفى الوقت نفسه هو يملك أن يخرجها كرها عنها إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه إياها فتكون أسيرة لديه أو كالرقيق ، ومن المعلوم أن مالها لو ذهب كله لكان أهون عليها من هذا(٢) .

خامسا : الأحاديث التى صرحت باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما فى حديث أبى هريرة : « لاتنكح البكر حتى تستأذن » لايعقل أن

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٢١ وفتح القدير جـ٢ ص ٣٩٦

(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٣٩٧ .

تكون لها فائدة إلا العمل على وفقها ، لأنه من المستحيل أن يكون الغرض من استئذانها أن يخالفها من استأذنها ، ولو كان لأبيها حق إجبارها لزم هذا المستحيل ، وكان الأمر بالإستئذان خاليا عن الفائدة ، فظهر إذن أن إيجاب استئذان البكر صريح فى نفى إخبارها والولاية عليها فى ذلك .

سادسا : لما كان المقصود من شرعية عقد الزواج هو أن تنتظم المصالح بين الزوجين ليحصل النسل وتربى بينهما ، فإن هذا المقصود لا يتحقق مع وجود غاية النفور بين الزوجين ، وعلى ذلك فإذا عرفنا أن هناك سببا من الأسباب يؤدى إلى انتفاء المقصود الشرعى فى عقد الزواج قبل أن نقوم بعقد هذا العقد فإنه يجب أن لا يجوز هذا السبب المؤدى إلى انتفاء المقصود الشرعى ، لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه الفائدة المقصودة منه بحسب ما يظهر لنا ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهراً ثم يظهر بعد العقد(١) .

تزويج الثيب

الثيب إما أن تكون كبيرة أى بالغة ، أو صغيرة . أما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغير أبيها أن يزوجها إلا بإذنها ، هذا ما يقوله عامة أهل العلم ، إلا ما نقل عن الحسن من قوله : له تزويجها وإن كرهته ، وما نقل عن النخعى من قوله : يزوج بنته إذا كانت عياله ، فإن كانت بائنة فى بيتها مع عيالها استأمرها .

والدليل مع عامة أهل العلم فيما يرونه من عدم جواز إجبار الثيب البالغة ، فقد روى عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهى ثيب ، فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها (٢) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضاً : « لا تنكح الأيم حتى تستأمره

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٧

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ١٩٤

ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت[١] » .

وقال صلى الله عليه وسلم « ليس للولى مع الثيب أمر » رواه النسائى وأبو داود .

ولأن الثيب البالغة رشيدة تعلم بما هو مقصود من الزواج وسبق لها تجربته[٢] .

وأما الثيب الصغيرة أى التى لم تبلغ،فقد اختلف فى أمرها العلماء على رأيين:

الرأى الأول : لا يجوز تزويج الثيب الصغيرة العاقلة ، سواء أكانت تستطيع تحمل الاتصال الجنسى أم لا ، حتى تبلغ وتأذن ، وهذا الرأى هو ما يراه الشافعية[٣] وبعض الحنابلة[٤] .

وهذا الرأى يستند إلى عدة أمور :

الأمر الأول: أن إذن الصغيرة غير معتبر فيمتنع تزويجها إلى أن تبلغ[٥] .

الأمر الثانى : عموم الأخبار الدالة على أن أمر الثيب لها .

الأمر الثالث : أن فى تأخير تزويجها فائدة ،وهى أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فيجب التأخير بخلاف البكر .

الرأى الثانى : أنه يجوز لأبى الثيب الصغيرة أن يزوجها ولا يستأمرها ، وهذا هو ما يراه الحنيفة والمالكية[٦] وذلك لوجود الصغر بها فيجوز إجبارها

---

(١) فتح البارى ص ٩ ص ١٩٠
(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٤
(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩
(٤) المغنى ج ٧ ص ٤٤
(٥) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩
(٦) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ والشرح الكبير للدردير ج٢ ص ٢٢٣ .

كالبكر الصغيرة والغلام ، فإنها لا تزيد بالثيوبة على ما عند الغلام من الذكورية ، والغلام يجبر على الزواج إذ كان صغيراً فكذلك الثيب الصغيرة .

وما ورد من أخبار فى شأن الثيب محمول على الثيب الكبيرة ، فإن الأخبار جعلتها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لا حق لها(١) .

متى تعتبر المرأة ثيباً :

اتفق العلماء على اعتبار المرأة ثيباً إذا كانت قد زالت بكارتها بطريق حلال ، أو بزنا اشتهر أمره ، أو بنكاح فاسد أو بوطء شبهة واتفقوا أيضاً على أن المرأة إذا زالت بكارتها بتأثير وثبة ، أو حيضة ، أوجراحة ، أوطول تعنيس أى كبرها ، أو بسبب الاستنجاء ، أو عود دخل فى فرجها ، أو تأثير حمل ثقيل ، إذا زالت بكارتها بشىء من هذا فهى تزوج كالأبكار ولا تعتبر ثيباً (٢) .

واختلفوا فيما إذا كانت المرأة قد زالت بكارتها بزنا غير مشهور على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن المرأة تعتبر ثيباً إذا وطئت فى فرجها مطلقا ، أى سواء أكان الوطء حلالا كما إذا كان بزواج ، أو حراماً كالزنا والغصب ، أو بوطء لا يوصف لا بالحل ولا بالحرمة كما إذا وطئت بشبهة ، ولا فرق فى هذا كله بين أن يكون هذا الوطء قد حدث فى حالة يقظتها أو نومها ، وهذا هو ما يراه الشافعية والحنابلة (٣) وأبو يوسف ومحمد من الحنيفة (٤) .

الرأى الثانى : يرى أن المرأة إذا زالت بكارتها بزنا فان حكمها حكم البكر فى إذنها وتزويجها ، وهذا الرأى هو ما يراه مالك وأبو حنيفة (٥) .

(١) المغنى جـ ٧ ص ٤٤ (٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٢ ، ٤٠٣
(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٩ والمغنى جـ ٧ ص ٤٦ .
(٤) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٢ .
(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٣٢٢ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٢ .

الاستدلال لكل رأى

الاستدلال للرأى الأول :

أما الرأى الأول القائل بثبوت الثيوبة للمرأة إذا زالت بكارتها بالزنا فيستند إلى أنها ثيب حقيقة وقد حدث لها وطء فى قبلها فهى تشبهه الموطوءة بشبهه فكما تعتبر الموطوءة بشبهه ثيبا فكذلك تعتبر ثيباً من وطئت حراماً(١).

الاستدلال للرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى فيحتج له بأن هذه المرأة معروفة بين الناس بأنها بكر ، ولما كانت البكر يكتفى فى إذنها بالسكوت ، ولا يكتفى فى إذن الثيب إلا بالنطق ، فإنها ستمتنع عن النطق خوفاً من أن يعلم زناها حياء من ظهوره ، وهذا الحياء أشد من حيائها بكراً من إظهار رغبتها فى الزواج ، فيثبت جواز الاكتفاء بسكوتها بدلالة نص سكوت البكر .

والجواب أن هذا كان يمكن أن يصح فى الاستدلال لو كانت العلة هى الحياء مطلقا ، ولكن العلة هى حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يصح أن يلحق به الحياء من ظهور الزنا .

هذا الجواب ذكره الكمال بن الهمام ، ، وبين أن الأولى ، فى الاستدلال لهذا الرأى أن يدلل عليه بأمرين .

الأمر الأول : أن يقال إن فرض المسألة التى معنا فى الزنا غير المشهور ، فإذا ما ألزمت بالنطق فإن نطقها سيؤدى إلى إشاعة أمر زناها ، وهنا يتعارض دليلان ، أولهما دليل إلزامها النطق ، وثانيهما دليل المنع من إشاعة الفاحشة ، والقاعدة أنه إذا حصل التعارض فإن دليل المنع هو الذى يجب تقديمه ، فدليل نطق الثيب إذن يجب أن يعمل به فى غير صورة التى زالت بكارتها بزنا غير مشهور .

---

(١) المغنى جـ٧ ص ٤٦ .

الأمر الثانى : أن الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر بحسب ما يظهر لنا وليس بحسب الواقع ونفس الأمر ، ولهذا لم يطلب من ولى المرأة عند استئذانها فى الزواج أن يستكشف حالها ليتبين هل هى بكر الآن فيكتفى بسكوتها أم ليست بكراً فلا يكتفى إلا بنطقها ، بل أكتفى فيها بأن يبنى حكمه على الأصل الذى لم يظهر خلافه ، والأصل الذى لم يظهر خلافه هو بكارتها ، وكلامنا هنا فى ثيوبة بزنا لم يظهر ، فيجب كونها بكراً شرعا(١) .

بم يكون إذن الثيب وإذن البكر ؟

أما الثيب فلابد فى إذنها أن يكون بكلامها ، ويدل على ذلك أمران :

الأمر الأول : ماورد من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » أى يطلب أمرها(٢) .

الأمر الثانى : أن اللسان هو المعبر عما فى القلب ، وهو المعتبر فى كل موضع يعتبر فيه الإذن ، إلا فى أشياء قليلة يقام فيها السكوت مقام الكلام لعارض(٣) .

وأما البكر فيكفى فى إذنها سكوتها ، هذا مايراه عامة أهل العلم ، منهم شريح ، والشعبى ، وإسحاق ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن شبرمة وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، وابن حزم ولا فرق بين أن يكون الولى الذى استأذنها أبا أو غيره(٤) . وقد استدل العلماء على أن السكوت كاف فى إذن البكر بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسول الله ، وكيف إذنها ؟ قال : أن

---

(١) أنظر فتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ (٢) فتح البارى جـ ٩ ص ١٩١

(٣) المغنى جـ ٨ ص ٤٤ ، ٤٥

(٤) المغنى جـ ٧ ص ٤٥ والشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٨٧ وفتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٨ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٠ والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٥٧٥ .

تسكت ، متفق عليه[١] . فتبين أن الثيب يحتاج وليها إلى صريح القول بالإذن منها فى العقد عليها ، وأما الإذن من البكر فإنه يدور بين القول والسكوت أى أن أحدهما كاف فى إظهار إذنها فى العقد عليها ، وإنما جعل السكوت فى حق البكر كافيا فى إظهار إذنها نظراً إلى أنها قد تستحى من التصريح برغبتها فى الزواج ، وقد ورد فى رواية أن عائشة رضى الله عنها قالت : « يارسول الله إن البكر تستحى ، قال : رضاها صمتها » أخرجه الشيخان[٢] .

وبين العلماء أنه يستحب أن يعلمها الولى أن سكوتها يعتبر رضا منها بالزواج والمستحب أن يستأذنها عن طريق إرساله نسوة ثقات ينظرن مافى نفسها وأمها فى ذلك أولى من غيرها لأنها تطلع على مالا يطلع عليه غيرها[٣] .

والمراد بسكوت البكر الكافى فى الإذن أن يكون سكوتا اختياريا ، فلو صادف أن حدث سعال لها أو عطاس بعد استئذانها فلا يعتبر ذلك سكوتا والأعلى الإذن .

وإذا ابتسمت كان ذلك دالا على رضاها وإذنها ، وأما إذا ضحكت استهزاء فإن هذا لا يكون منها رضا ، والضحك استهزاء لا يخفى على من يكون حاضرا[٤] .

وإذا بكت ولم تتكلم فيرى بعض العلماء أن سكوتها مع البكاء لا يعد رضا منها ، وقال البعض لا أثر لبكائها فى المنع من الزواج إلا إذا كان البكاء قد اقترن بصياحها أو حركات تنبى عن الرفض وما شابه ذلك ، وذهب البعض إلى أنه تنظر عند بكائها فإما أن تكون دموعها حارة أو باردة ، فإن كانت دموعها حارة فبكاؤها فى هذه الحالة رفض للزواج ، وإن كانت دموعها

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١١٦ .

(٢) فتح البارى جـ ٩ ص ١٩١ وسبل جـ ٣ ص ١١٧

(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ صـ ١٤٩ . (٤) فتح جـ ٢ صـ ٣٩٨ .

باردة ، فبكاؤها رضا منها : قال الكمال بن الهمام معقبا على الرأى الأخير : « لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه ، إذ الإحساس بكيفيتى الدمع لا يتهيأ إلا لخد الباكى ، ولو ذهب إنسان يمسه لا يدرك حقيقة المقصود ، وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب »[١] فالأولى إذن أن تكون القرائن هى التى يرجع إليها لمعرفة إن كان بكاؤها دالا على الرضا أم على المنع[٢] .

هذا وإذا كان العلماء يرون أن إذن البكر دائر بين القول والسكوت وأن سكوتها إنما اكتفى به نظرا إلى أنها قد تستحى من إبداء رغبتها فى الزواج ، فإننا نجد ابن حزم الظاهرى يرى أن إذن البكر لا يكون إلا بالسكوت ، وأنها إذا تكلمت مبدية موافقتها وإذنها فلا يكفى هذا الكلام بل السكوت هو المطلوب من البكر[٣] .

وهذا الاتجاه من ابن حزم ليس بغريب ومتفق مع أصول مذهب الظاهرية فإنهم يأخذون بظاهر النصوص ، ولكن القلب يميل إلى ما يراه غير ابن حزم من أن البكر نظرا إلى أنها قد تستحى من إبداء رغبتها فى الزواج اكتفى فيها بالسكوت ، ولكن ليس معنى ذلك أنها إذا تكلمت لا يكون ذلك دالا على إذنها لأن نطقها بالإذن أبلغ وأتم فى الإذن من سكوتها ، ويشهد لهذا ما ذكرناه سابقا من حديث السيدة عائشة رضى الله عنها وأنها قالت : « يارسول الله إن البكر تستحى ، قال رضاها صمتها »[٤] .

وللمالكية أيضاً رأى فى هذه المسألة يخالف ما يراه غيرهم ، إذ أن المالكية مع أنهم يرون أن إذن البكر دائر بين السكوت والكلام ، فإنهم يرون أن البكر إذا رشدها أبوها أو الوصى فإنه لا يكفى سكوتها بل لا بد من أن تبين بالكلام عما فى نفسها كالثيب سواء بسواء .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٨ (٢) سبل السلام ج ٣ ص ١١٧

(٣) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٧٦ (٤) فتح البارى ج ٩ ص ١٩١ وسبل السلام ج ٣ ص ١١٧ (٥) الشرح الكبير للدردير ج٢ ص ٢٢٧

وهذا أيضا حكم غريب مخالف لنص كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عبرة بأى رأى يخالف ما بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم(١) .

وإذا كنا علمنا أن الشافعى رضى الله عنه من القائلين بأنه يكتفى فى جانب البكر بالسكوت ، فإننا نجد بعض أصحاب الشافعى يفرقون فى إذن البكر بين ما إذا كان الولى هو الأب والجد ، وما إذا كان الولى غيرهما ، فيصرحون بأن الولى إذا كان أبا أو جدا فاستئذانه مستحب ويكفى فيه سكوتها ، وأما إذا كان الولى غير أبيها وجدها فيرى هذا البعض من أصحاب الشافعى أنه لابد من نطقها لأنها - كما قالوا - تستحى من الأب والجد أكثر من غيرهما ، وهو رأى ضعيف مرجوح كما بينت ذلك كتب الشافعية ، والرأى الراجح هو أن سكوتها كاف مطلقا سواء أكان الولى هو الأب أو الجد ، أو غيرهما لعموم الحديث المبين لإذن البكر(٢) .

وقد علق ابن قدامة على هذا الرأى المرجوح الذى يراه بعض أصحاب الشافعى بقوله(٣) « وهذا شذوذ عن أهل العلم ، وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعى عن إضافته إليه وجعله مذهبا له ، مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يعرج منصف على هذا القول » .

لو عادت البكارة إلى الثيب :

إذا حدثت الثيوبة المعتبرة ثم عادت البكارة إلى المرأة ، فهل تعد بكرا أم ثيبا ؟ بين العلماء أنها إذا عادت إليها البكارة لم يزل حكم الثيوبة ، وعللوا لهذا بأن الحكمة التى اقتضت التفرقة فى الحكم بين الثيب والبكر هى مباضعة الرجال ومخالطتهم ، وهذا موجود مع عودة البكارة إليها(٤) .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٥٧٦ (٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ٩ صـ ٢٠٤ ومغنى المحتاج جـ٣ صـ ١٥٠ (٣) المغنى جـ٧ ص ٤٥

(٤) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلى بن سليمان المرداوى جـ ٨ صـ ٦٥ ، كشاف عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتى جـ ٥ ص ٤٦

تزويج المجنونة

المجنونة إما أن تكون ممن يجبر فى الزواج لو كانت عاقلة ، كالبكر الصغيرة أو تكون ممن لا تجبر فى الزواج كالثيب البالغة .

فأما القسم الأول وهو كونها ممن يصح لوليها أن يجبرها فى الزواج فإنه يجوز تزويجها لمن يملك حق إجبارها على الزواج لو كانت عاقلة ، لأنه إذا كان يملك إجبارها كونها عاقلة وفى حالة امتناعها فأولى أن يكون مالكا لإجبارها مع عدم وجود العقل فيها .

وأما القسم الثانى وهو كونها ممن لا تجبر فى الزواج فيتنوع ذلك القسم إلى ثلاثة أنواع .

النوع الأول : أن يكون وليها الأب ، كالثيب البالغة ، فهذه يجوز لوليها أن يزوجها ، وهذا هو قول الشافعى ، وأبى حنيفة ، والمالكية ، وبعض الحنابلة(١) .

ويرى البعض أنه لا يجوز لوليها أن يزوجها ، لأن الولاية فى هذه الحالة هى ولاية إجبار ، وليس على الثيب ولاية إجبار .

والرأى الأول هو الأصح ، وذلك لأن ولاية الإجبار إنما كانت منتفية عن الثيب البالغة العاقلة من أجل رأيها ، ولكن الثيب هنا ليس لها رأى يعتبر إذ لا عقل لها .

وهذا الحكم أيضا يجرى فى الثيب إذا كانت غير بالغة ، وقلنا بعدم جواز إجبارها على الزواج إذا كانت عاقلة .

النوع الثانى : أن يكون وليها الحاكم ، وهذه يختلف فيها الفقهاء على رأيين :

أولهما : يرى أنه ليس من حق الحاكم تزويجها بأى حال من الأحوال

---

(١) مغنى المحتاج ج٣ص١٦٩ والشرح الكبير للدردير ج٢ص٢٢٢ والمغنى ج٧ص٤٧ .

وذلك لأن الولاية هنا ولاية إجبار فلا يصح أن تثبت إلا للأب كحال هذه المرأة إذا كانت عاقلة .

ثانيهما : يرى أنه يجوز للحاكم أن يزوجها إذا ظهر منها الميل إلى الرجال سواء أكانت بالغة أم غير بالغة ، وذلك لأن حاجتها إلى الزواج ظاهرة فيدعو ذلك إلى أن يدفع صور الشهوة عنها وأن تصان عن الفجور ، وبزواجها تتحقق مصلحتها فى تحصيل مهرها و نفقتها وعفافها ، ولما كانت حالتها لا تسمح باستئذانها فقد أبيح تزويجها كالثيب مع أبيها ، وكذلك ينبغى أن يكون له حق تزويجها إذا بين الأطباء أن جنونها سيزول بتزويجها لأن هذا من أعظم مصالحها .

ويرى الإمام الشافعى أن الحاكم ليس له حق تزويج المجنونة الصغيرة بأى حال ، وله الحق فى تزويج المجنونة البالغة إذا أفتى الأطباء بأن جنونها سيزول بتزويجها ، وذلك لأن الصغيرة لا توجد بها حاجة حالية إلى الزواج[1] .

ويستند أصحاب الرأى القائل بأن من حق الحاكم أن يزوج المجنونة الصغيرة إلى أن المعنى الذى يبيح تزويج المجنونة البالغة موجود فى المجنونة الصغيرة ، وعلى هذا فيباح تزويجها كالبالغة ، فإنها إذا ظهر منها شهوة إلى الرجال فإن تزويجها فيه مصلحتها ودفع حاجتها ، فصارت هذه الحال كما لو قال الأطباء إن ما بها من جنون سيزول بتزويجها .

النوع الثالث : أن يكون وليها غير الأب والحاكم ، وهذه أيضا يختلف العلماء فيها على رأيين :

الرأى الأول : يرى أنه لا يجوز أن يزوجها أحد إلا الحاكم ، وعلى هذا فيكون حكمها حكم النوع الثانى كما سبق بيانه . ويستند هذا الرأى إلى أن الحاكم هو الذى يتولى النظر لها فى مالها دون سائر أوليائها ، فيكون هو وليها

---

(١) المغنى جـ ٧ صـ ٤٨٥ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٩ .

دونهم ، وأيضاً فإن زواجها فيه دفع حاجة ظاهرة ، ودفع الحاجة الظاهرة كدفع حاجة العرى والجوع إنما يكون إلى الحاكم .

الرأى الثانى : يرى أن أولياءها لهم الحق فى تزويجها فى الحال التى يملك الحاكم تزويج موليتهفيها ، وذلك لأنولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه فى التزويج كما هو الحكم إذا كانت عاقلة(١) .

تزويج المجنون

الذى زال عقله بجنون مطبق إما أن يكون صغيرا أو كبيرا .

فإن كان صغيرا فإنه لا يزوج ، وذلك لأنه ليس محتاجا إلى الزواج فى الحال ، وإذا بلغ لا يدرى كيف أمر الزواج ، بخلاف الصغير العاقل فإنه إذا بلغ يدرى أمر الزواج ولهذا يجوز للولى إذا كان أبا أو جداً لا وصياً أو قاضيا أن يزوج الصغير العاقل ، يجوز له أن يزوجه واحدة أو أكثر إذا رأى مصلحته فى ذلك .

وأما إذا كان المجنون كبيرا فإنه لا يزوج كذلك إلا إذا ظهرت حاجته الحاليه إلى الزواج . كأن تظهر رغبته فى النساء بدورانه حولهن وتعلقه بهن أو ظهرت حاجته المآلية بأن شهد طبيبان عدلان بتوقع شفائه من جنونه إذا استفرغ منيه ، أو كان محتاجا إلى من يخدمه ويتعهده ولا يجد فى محارمه من يؤدى له هذا .

ويقتصر تزويجه على امرأة واحدة ، ويتولى تزويج المجنون البالغ أبوه ثم جده إذا عدم الأب أوفقد أهليةالولاية ، ثم الحاكم إذا لم يوجد أب ولاجد وليس لسائر عصباته ولايه عليه كالولاية فى المال .

وإنما وجب الاقتصار فى تزويجه على امرأة واحدة لأن بها تندفعحاجته إلى الزواج فإذا لم تعفه المرأة الواحدة يزاد فى تزويجه ما يحصل به إعفافه ،

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٤٨

وكذلك يزاد أيضا فى تزويجه إذا لم تكفه امرأة واحدة لخدمته ، فيزاد بقدر حاجته .

وأما إذا كان جنونه منقطعاً فإنه لا يزوج حتى يضيق ويأذن ، ويشترط عقد الزواج حالة إفاقته ، فلو أذن بتزويجه ثم جن قبل العقد بطل إذنه .

هذا هو ما يراه الشافعية[١] وأما المالكية والحنابلة فيرون أنه ليس لغير الأب ووصية تزويج المجنون بجنون مطبق .

ويرى الحنابلة أيضا أن لأبى المجنون الصغير تزويجه بخلاف ما يراه الشافعية ، واحتج الحنابلة على جواز تزويج الأب لابنه الصغير المجنون بأمرين:

الأمر الأول : أنه غير بالغ فلأبيه حق تزويجه كالصغير العاقل .

الأمر الثانى : أن الأب إذا كان له الحق فى تزويج الصغير العاقل مع أن الصغير العاقل له - حينما يحتاج إلى التزويج - رأيا ونظرا فى مصلحة نفسه ، فأولى أن يكون له الحق فى تزويج من لا يتوقع فيه ذلك[٢] .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٨ ، ١٦٩

(٢) المغنى ج ٧ ص ٥٠

الفصل السادس

عضـــل الولى

ويشتمل على ما يأتى :

١ ـ معنى العضل .

٢ ـ بم يحصل العضل ؟

٣ ـ إذا طلبت المرأة تزويجها بأقل من مهر مثلها .

٤ ـ من الذى يزوجها إذا عضل الولى ؟

٥ ـ إذا أرادت كفئا وأراد أبوها كفئا آخر .

٦ ـ معنى الكفاءة لغة واصطلاحا .

٧ ـ سند اعتبار الكفاءة .

٨ ـ هل الكفاءة شرط من شروط عقد الزواج .

٩ ـ لو رضى بعض الأولياء بترك الكفاءة .

١٠ ـ إذا زوجها الأقرب غير كفء .

١١ ـ شروط الكفاءة .

معنى العضل :

العضل هو منع المرأة من الزواج بكفء طلبت الزواج به ورغب كل واحد منهما فى صاحبه(١) . وليس من حق وليها هذا المنع ، ففى سبب نزول آية : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » الآية أن معقل بن يسار كان قد زوج أختا له من رجل فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها من أخيها معقل ، فقال له معقل : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود إليك أبداً ، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله هذه الآية : « فلا تعضلوهن » فقال معقل : الآن أفعل يا رسول الله ، ثم زوجها إياه(٢) .

بم يحصل العضل :

يحصل العضل من الولى إذا دعت المرأة البالغة العاقلة سواء أكانت رشيدة أم سفيهة وليها إلى أن يزوجها من كفء وامتنع الولى من تزويجها لهذا الكفء وأما إذا دعت وليها إلى تزويجها من غير كفء فإن لوليها الحق فى الامتناع عن تزويجها ، لأن له حقا فى الكفاءة .

ولو دعت وليها إلى تزويجها من عنين وهو الذى لا يستطيع إتيان النساء أو تزويجها من مجبوب وهو مقطوع الذكر فإن وليها يلزمه إجابتها وإذا امتنع من تزويجها من العنين أو المجبوب إذا دعته إلى تزويجها من أحدهما كان الولى عاضلا ، لأن الولى ليس له حق فى التمتع وإنما الحق لها فى هذه الناحية وهى قد أسقطته باختيارها وهو ليس له حق الامتناع إلا فيما هو له ، بخلاف ما إذا دعته إلى تزويجها بمجنون أو مجذوم أو أبرص فإن له الحق فى منعها لأنه يعير بتزويجها من المجنون أو المجذوم أو الأبرص(٣) .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٣١ (٢) فتح البارى جـ ٩ ص ١٤٧

(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٣

لو طلبت المرأة تزويجها بأقل من مهر مثلها :

لو طلبت المرأة من وليها أن يزوجها من كفء بأقل من مهر مثلها كأن كان المهر لمثيلاتها خمسمائة جنيه مثلا فطلبت أن يزوجها بأربعمائة . فهل إذا منعها من التزويج لهذا يكون عاضلا أم لا ؟ العلماء فى هذا على رأيين :

أولهما : أنه ليس لوليها أن يمنعها من التزويج إذا رضيت بأقل من مهر المثل وهذا هو مايراه الشافعى(١) وأبو يوسف ومحمد(٢) والحنابلة(٣) .

ثانيهما : أنه من حق الأولياء أن يمنعوها من التزويج ، وإذا تزوجت فلهم حق الاعتراض حتى يتم للمرأة مهر مثلها أو يفارقها زوجها ، وهذ هو مايراه أبو حنيفة(٤) .

الإستدلال للرأى الأول :

أما الرأى الأول فيستدل له بعدة أمور :

الأمر الأول : أن المهر من خالص حق المرأة ، وهو عوض يختص بها وحدها ، فليس لأوليائها حق الاعتراض عليها فى مهرها كعدم حقهم فى الاعتراض عليها فى ثمن عبدها إذا باعته بأقل من ثمن مثله ، وفى أجرة دارها إذا أجرتها بأقل من أجرة مثلها .

الأمر الثانى : أن المرأة لو أسقطت مهرها بعد وجوبه لها سقط كله ، فأولى أن يسقط بعضه .

الأمر الثالث : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لامرأة زوجت بنعلين :

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ ص ١٥٣
(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٤
(٣) المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ٣١
(٤) فتح القدير جـ٢ ص٤٢٤

« أرضيت بنعلين من نفسك ؟ » قالت : نعم ، فأجازه صلى الله عليه وسلم . رواه أحمد وابن ماجه والترمذى(١) .

الاستدلال للرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى ، فقد استدل له بأن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانه فأشبه هذا الكفاءة المطلوبة(٢) .

وقد رد ابن قدامة على هذا بنفى أن يلحقهم عار بهذا ، فإن عمر قال : « لو كان مكرمة فى الدنيا ، أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » يعنى غلو الصداق(٣) .

من الذى يزوجها إذا عضل الولى :

إذا عضلها الولى الأقرب ، هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أم إلى الحاكم ؟

اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : الحاكم هو الذى يزوج المرأة التى منعها وليها من الزواج بالكفء الذى رغبت فى الزواج به ورغب فى الزواج بها، ولا تنتقل الولاية من هذا الولى الذى عضلها إلى من هو أبعد منه بل تنتقل إلى الحاكم ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ، ولأن هذا حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه .

الرأى الثانى : أن الولاية تنتقل إلى الأبعد ، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب ، فيملكه الأبعد ، كما لو جن الأقرب فإن الولاية تنتقل إلى الأبعد ، ولأنه يصير فاسقا بعضله فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب خمراً ، ولا يزوج الحاكم إلا إذا عضل الأولياء كلهم .

(١) المغنى جـ ٧ ص ٣١ (٢) فتح القدير جـ٢ ص ٤٢٤
(٣) المغنى جـ ٧ ص ٣١

وأجاب أصحاب هذا الرأى على الاستدلال بحديث «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» بأن الحديث حجة لأن الحديث يقول: «فالسلطان ولى من لا ولى له» وهذه المرأة لها ولى، ويمكن حمل هذا الحديث على ما إذا كان كل أوليائها قد حصل منهم العضل، لأن ضمير «فإن اشتجروا» ضمير جميع يتناول كل الأولياء.

وأجابوا أيضا على القياس على الدين بأن الولاية تخالف الدين من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن الولاية حق للولى والدين حق عليه.

الوجه الثانى: أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه إذا أصابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو الفسق، أو أصابه الموت.

الوجه الثالث: أن الدين ليس من شروط بقائه على المدين بقاء صفة العدالة فيه، ولكن الولاية من شرطها أن تبقى صفة العدالة فى الولى، وقد زالت صفة العدالة بعضله.

فإن قال معترض إن ولايته لو كانت قد زالت لما صح منه أن يزوجها إذا رضى بعد ذلك بتزويجها، قلنا: إن صفة الفسق قد لحقت به بامتناعه من تزويجها فإذا رضى بالتزويج فقد ترك المعصية ورجع إلى الحق فزال فسقه فصح تزويجه[1].

إذا أرادت كفءا وأراد أبوها كفءا آخر:

لو دعت المرأة البالغة العاقلة أباها أو جدها إلى تزويجها من كفء، وأراد الأب أو الجد كفءا آخر فهل لأبيها أو لجدها هذا الحق أم لا؟

اختلف العلماء فى هذا على رأيين:

أولهما: أنه له ذلك، لأنه أكمل نظرا منها، وهذا هو الرأى الراجح فى فقه الشافعية.

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٣٠، ٣١.

ثانيهما : أنه يلزمه إجابتها ، لأن فى هذا إعفافا لها[1] .

الكفاءة

معناها : الكفاءة فى اللغة المماثلة والمساواة ، ففى الحديث الشريف « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، أى تتساوى فى الدية والقصاص[2] ويريد الفقهاء بالكفاءة فى باب الزواج أن يكون الزوجان متساويين فى أمور خاصة يترتب على عدم التساوى فيها أن لا تستقيم حياة الزوجين غالبا ، وسنبين هذه الأمور فيما بعد ذاكرين خلاف العلماء فى بعضها .

سند اعتبار الكفاءة :

يستند اعتبار الكفاءة إلى ماروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : « ياعلى ، ثلاث لاتؤخرها : الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفءا » وروى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: « لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء »[3] .

هل الكفاءة شرط من شروط عقد الزواج؟

تبين مما سبق أن الكفاءة من حقوق الولى والمرأة ، ولكن هل هى شرط من شروط عقد الزواج ، بمعنى أنه إذا زوجت المرأة من غير كفء لها هل يكون العقد باطلا ، أم هى ليست بشرط فى صحة عقد الزواج ؟

اختلف العلماء فيها على رأيين :

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٥٣ .

(٢) المصباح المنير الكاف مع الفاء والياء .

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٧ .

الرأى الأول : أن الكفاءة شرط فى صحة عقد الزواج ، وهذا الرأى هو إحدى روايتين منقولتين عن الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه[١] ، فقد روى عنه أنه قال : إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما ، وقال أيضا فى رجل يشرب الخمر : ما هو بكفء لها ، يفرق بينهما :

ويحتج لهذا الرأى بأن تزويج المرأة مع كون الكفاءة مفقودة تصرف فى حق من ستثبت له الولاية على المرأة فى المستقبل بغير إذنه ، فلا يصح هذا التزويج كما لو زوجها الولى بغير أن تأذن له .

وأيضا روى عن أبى إسحاق الهمدانى قال : خرج سلمان وجرير فى سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جرير لسلمان : تقدم أنت ، فقال سلمان : بل أنت تقدم ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم .

الرأى الثانى : أن الكفاءة ليست شرطا فى صحة عقد الزواج ، بل شرط فى لزوم العقد وهى حق للمرأة ووليها فلهما إسقاطها ، وهذا الرأى هو الرواية الثانية المنقولة عن الإمام أحمد ، وهو ما يقول به أكثر أهل العلم ، روى نحو هذا عن عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيد بن عمير ، وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين ، وابن عون ، ومالك ، والشافعى والأحناف .
ويستند هذا الرأى إلى عدة أدلة :

الدليل الأول : قول الله تبارك وتعالى : إن أكرمكم عند الله أتقاكم .

الدليل الثانى : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة ابن زيد مولاه ، فنكحها بأمره ، متفق عليه ، وزوج الرسول أبا أسامة زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية .

---

(١) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلى بن سليمان المرداوى ج ٨ ص ١٠٥

الدليل الثالث : أن عائشة رضى الله عنها قالت : «إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما ، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار ، أخرجه البخارى .

الدليل الرابع : أن الكفاءة لا تعدو أن تكون حقا للمرأة أو للأولياء أولهما معا ، فلا يشترط وجودها فى صحة العقد كما لا يشترط فى صحة العقد أن يكون كل من الزوجين سالما من العيوب .

الرأى المختار :

والرأى القائل بعدم اشتراط الكفاءة فى صحة العقد هو الذى يؤخذ به ، والآثار المروية فيها إنما تدل على اعتبارها فى الجملة ، ولا يلزم من اعتبارها فى الجملة أن تكون شرطا فى صحة عقد الزواج ، وذلك لأن الزوجة وكل واحد من أوليائها له الحق فى الكفاءة ومن لم يرض منهم إذا فقدت الكفاءة فله الحق فى فسخ العقد ، ولهذا روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للمرأة التى زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فأجازت ما صنع أبوها ، ولو كانت الكفاءة شرطا من شروط صحة العقد لما ثبت لها خيار(١) .

لو رضى بعض الأولياء بترك الكفاءة :

بناء على الرأى المختار وهو عدم اشتراط الكفاءة فى صحة عقد الزواج إذا فقدت الكفاءة ورضيت المرأة ووليها المنفرد كالأب أو العم ، أو رضيت هى وكل أوليائها المستوين كالإخوة والأعمام فإن العقد صحيح ، وأما إذا رضيت المرأة ورضى بعض الأولياء المستوين ولم يرض البعض الآخر منهم ، فالعلماء هنا على رأيين :

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٣٣ ، ٣٤ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٤

الرأى الأول : يرى أن العقد لا يصح ، وهو رواية منقولة عن الإمام أحمد ، وقول للإمام الشافعى ، وذلك لأن الكفاءة حق لجميع الأولياء ، والعاقد بعقده العقد قد تصرف فى الكفاءة بغير رضاهم ، فلا يصح عقده كتصرف الفضولى .

الرأى الثانى : يرى أن العقد صحيح ، بدليل أن المرأة التى رفعت إلى النبى صلى الله عليه وسلم أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها النبى صلى الله عليه وسلم ولم يبطل الزواج من أصله[١] .

وعلى هذا الرأى فإن من لم يرض من الأولياء له حق فسخ العقد،وهذا هو ما يراه الشافعى[٢] وقال به المالكية أيضا إلا أنهم اشترطوا أن لا يكون قد دخل بها الزوج فإن دخل بها فلا فسخ[٣] .

ويرى أبو حنيفة أن المرأة إذا رضيت هى وبعض أوليائها لم يكن لباقى الأولياء حق فسخ العقد ، نظرا إلى أن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه فيسقط جميعه كالقصاص إذا أسقطه بعض أولياء الدم سقط كله .

وقد رجح ابن قدامة الرأى القائل بأن لمن لم يرض من الأولياء حق فسخ العقد ، محتجا بأن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه مستقلا ، فلا يسقط رضاه برضا غيره كالمرأة مع الولى ، والأمر هنا بخلاف القصاص ، وذلك لأن القصاص لا يثبت لكل واحد كاملا ، فإذا سقط بعض القصاص فإنه يتعذر استيفاؤه[٤] .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٤ ، ٣٥ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٤
(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٤
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٤٩
(٤) المغنى ج ٧ ص ٣٥

إذا زوجها الأقرب غير كفء :

تبين مما سبق أن الكفاءة حق للمرأة وحق لكل ولى من أوليائها ، وبينا آراء العلماء فيما إذا رضيت المرأة بترك الكفاءة ورضى معها أولياؤها المتساوون فى الدرجة أو رضى بعض هؤلاء المتساوين فى الدرجة ولم يرض البعض الآخر ، والسؤال الآن عما إذا زوجها الولى الأقرب كأبيها بغير كفء فهل للولى الأبعد كإخوتها الحق فى فسخ العقد أم لا ؟

للعلماء هنا رأيان :

الأول : يرى أن الولى الأقرب إذا زوجها من غير كفء برضاها فإنه ليس من حق الولى الأبعد أن يطلب فسخ العقد ، وعلى هذا الرأى مالك والشافعى ، لأنه لاحق للأبعد مع وجود الأقرب فرضا الأبعد لا يعتبر .

الثانى : يرى أنه من حق الولى الأبعد أن يطلب فسخ العقد ، وهو ما يراه الحنابلة ، لأن الولى الأبعد لا زالت له صفة الولاية وإن كان متأخرا فى الترتيب ، فيلحقه العار كالولى الأقرب بفقد الكفاءة ، فمن حقه أن يطلب فسخ العقد كالأولياء المتساوين فى الدرجة[1] .

ويمكن أن يجاب عن دليل الحنابلة بأن القرابة تنتشر كثيرا فتحصل المشقة فى اعتبار رضا كل القرابة ، ولا يوجد هناك ضابط يوقف عنده[2] .

شروط الكفاءة

المقصود بالكفاءة هنا أن لا يكون الرجل أقل فى مكانته وخلقه ومركزه الاجتماعى من المرأة .

والعلماء الذين يرون وجود تحقيق هذه الكفاءة نظروا إلى أن المقصود

---

(١) المغنى جـ٧ ص٣٥ ومغنى المحتاج جـ٣ص ١٦٤ (٢) مغنى المحتاج جـ٣ ص ١٦٤

شرعية الزواج أن تكون مصالح كل من الزوجين بالآخر منتظمة طول الحياة ، وذلك لأن الزواج قد وضع لتأسيس القرابات الصهرية حتى يصير البعيد قريباً عضدا لمن صاهره ومساعدا له يسر لما يسره ويساء بما يسيئه ،وهذا لا يكون تاما إلا إذا وجدت الموافقة والتقارب من الزوجين ، وظاهر أنه لا توجد الموافقة والتقارب للنفوس عندما توجد المباعدة فى التقارب بين الأنساب ، والاتصاف بالرق والحرية وما ماثل ذلك(١) .

وقد بين العلماء شروط الكفاءة ، وسنتكلم عن هذه الشروط ، علما بأن العلماء قد اختلفوا فى شروط الكفاءة ، فالإمام أحمد مثلا روى عنه أن هذه الشروط هى التكافؤ فى الدين والنسب ، وروى عنه أيضاً أنها الدين والنسب والحرية والصناعة واليسار ، ونقل عن الإمام مالك أن الكفاءة لاتكون إلا فى الدين فقط .

وتبين كتب المتأخرين من المالكية أن الأمور المعتبرة فى الكفاءة ستة هى النسب والدين والصنعة والحرية وفقد العيوب المثبتة للخيار فى الزواج ، واليسارعلى تردد فيه،ويرى بعضهم أنها اثنان فقط هما المماثلة فى الدين والحال(٢).

وعن الإمام الشافعى أنها الدين والنسب والحرية والصناعة واليسار والسلامة من العيوب المثبتة للخيار فى الزواج(٣) .

وإليك الآن بيانا لهذه الشروط :

الشرط الأول: أن يكون الرجل سليما من العيوب المثبتة للخيار فى الزواج، فمن المعروف أن هناك عيوبا إذا وجد أحدها فى الرجل ولم تكن المرأة على علم به قبل زواجها به فإن لها الخيار إذا وجدت فيه أحد هذه العيوب ، وهناك عيوبا إذا وجد أحدها فى المرأة ولم يكن الرجل على علم به قبل زواجه فإن له الخيار .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٨ (٢) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٤٩

(٣) المغنى ج ٧ ص ٣٥

ويهمنا هنا أن نبين العيوب التى إذا وجدت المرأة أحدها فى الرجل كان لها الخيار فى إبقاء الزواج أو عدم إبقائه .

هذه العيوب هى : الجنون سواء أكان دائما أم منقطعا ، والجذام وهو مرض يجعل العضو يحمر ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ، والبرص وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته، أوكان الرجل عنينا أى عاجز عن الاتصال الجنسى بالمرأة ، سمى عنينا — كما علل ذلك بعض العلماء — لأن ذكره لين ومنعطف أخذا من عنان الدابة للينه، أوكان الرجل مجبوبا أى مقطوع الذكر كله أو لم يبق من ذكره قدر الحشفة .

فأخذ الشروط المعتبرة فى تحقق الكفاءة هو أن يكون الرجل خاليا من هذه العيوب التى بيناها ، وهذا شرط شرطه فقهاء الشافعية[١] .

ولم يعتبرها من الحنفية إلا محمد فإنه اعتبر الكفاءة فى السلامة من الجنون والجذام والبرص ، إذاكان الرجل بحال لا تطيق المرأة المقام معه[٢] وكذلك لم يعتبرها الحنابلة[٣] وقد الحق بعض أصحاب الشافعى بالعيوب الخمسة العيوب المنفرة كالعمى والقطع وتشوه الصورة واعتبرها مانعة للكفاءة ، إلا أن هذا خلاف مذهب الشافعية[٤] .

الشرط الثانى : الحرية،وعلى هذا فإذاكان الزوج رقيقا كله أو بعضه أوكان مكاتبا فإنه لا يكون كفءا للمرأة الحرة حتى ولوكانت فى الأصل أمة ثم أعتقها سيدها لأنها تعير بهوتتضرر بسبب النفقه.ولهذا خيرت بريرة لما عتقت وهى متزوجة من عبد[٥] .

والحرية معتبرة فى الكفاءة لأمور :

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٥
(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٩
(٣) المغنى ج ٧ ص ٣٨
(٤و٥) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٥

الأمر الأول : أن الرق أثر من آثار الكفر ، وذلك لأن الطريق الأصلى فى الرقيق هو الحرب بين المسلمين والكفار .

الأمر الثانى : أن الزوج إذا كان عبدا فإن عبوديته فيها معنى الذل وإذا كان ذليلا فإنه لا يكون مكافئا لغير الذليلة(١) .

الأمر الثالث : أن الضرر فى الرق ظاهر ، فإن العبد مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق على زوجته نفقه الموسرين ، ولا ينفق على أولاده . بل هو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه(٢) .

وقد بين الحنفية أن من كان له أبوان حران فإنه يكافىء من كان له آباء أحرار ، ومن له أب واحد حر لا يكافىء من له أبوان حران(٣) .

ومن الشافعية أن من كان رقيقا كاملا لا يكون مكافئا للمرأة التى بعضها حر ، وأما إذا كان هو أيضا مبعضا فينظر فإما أن يكونا مستويين أو يزيد عليها فى مقدار حريته كان كفءا لها ، وإذا كانت هى التى تزيد فى حريتها فلا يكون مكافئا لها .

ويرى الإمام النووى من علماء الشافعية أن العتيق أى الذى كان عبدا ثم عتقة سيده ليس كفءا لحرة أصلية، وخالفة فى هذا الإمام السبكى أحد علمائهم أيضاً قائلا : « ما جزم به من كون العتيق ليس كفءا لحرة أصلية لا يساعده عليه عرف ولا دليل . فيبقى التوقف فيه ، وقد رأينا كثيرا من ذلك فى هذا الزمان أن يكون من مسه الرق أو مس أحد آبائه أميراً كبيراً أو ملكا كبيراً والمرأة دونه بكثير بحيث تفتخر به وهى حرة الأصل(٤) » .

---

(١) الهداية مطبوعة مع فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٢

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٣٧

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٢ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٥

الشرط الثالث : النسب وفسره العلماء بأن تكون المرأة منتسبة إلى من تشرف به بالنظر إلى من ينسب إليه الزوج ويشترط النسب فى الكفارة لأن العرب تفتخر بآبائها أتم الافتخار . والاعتبار فى النسب بالآباء وليس بالأمهات[١] .

الشرط الرابع : الدين والصلاح والكف عما لا تجيزه شريعة الإسلام ، ولا يراد بالدين هنا الإسلام لأن المرأة المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج من غير المسلم .

واشتراط الدين قال به الشافعية وأبو حنيفة وأبو يوسف[٢] ويرى محمد أن الدين لا يعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تنبنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه ، أو يخرج إلى الأسواق وهو سكران ويلعب به الصبيان ، لأنه حينئذ مستخف به[٣] . واشتراط الدين قال به أيضا المالكية والحنابلة[٤] . وعلى هذا فالفاسق ليس كفءا للعفيفة .

واستند العلماء فى اشتراط الدين والصلاح إلى أن الفاسق - كما قال ابن قدامة - مرذول مردود الشهادة والرواية ، غير مأمون على النفس والمال ، مسلوب الولاية ، ناقص عند الله وعند خلقه ، قليل الحظ فى الدنيا والآخرة ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون كفءا للعفيفة ولا مساويا لها ، ولكنه يكون كفءا لمن ماثله[٥] .

وهذا الشرط يستفاد منه عدة أمور :

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٩

(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٦ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٢ .

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٣

(٤) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٤٩ والمغنى جـ ٧ ص ٣٥

(٥) المغنى جـ ٧ ص ٣٥ .

أحدها : أنه لا فرق فى اعتبار هذا الوصف بين المسلمين والكفار ، أى أنه إذا كان الكافر فاسقا فى دينه فإنه لا يكون كفءا للكافرة العفيفة فى دينها .

ثانيها : أن الفاسق كفء للفاسقة مطلقا عند بعض الفقهاء ، وعند البعض الآخر أنه إذا زاد فسق الزوج أو كان فسقه بجرائم أشد من التى فسقت بها الزوجة فإنه لا يكون كفءا .

ثالثها : أن غير الفاسق تتحقق فيه الكفارة من هذه الناحية، سواء أكانت عدالته ظاهرة أم مستور الحال .

رابعها : أن الفسق والعفاف يعتبر فى الزوجين لا فى آبائهما[1] .

الشرط الخامس : التكافؤ فى الصناعة ، فصاحب الحرفة الدنيئة ليس كفءا لمن هو أرفع منه ، والضابط فى الحرفة الدنيئة أنها ما دلت ملابساتها على انحطاط المروءة وسقوط النفس، وهذا الشرط شرطه الشافعية والمالكية، وإحدى روايتين عن أحمد ، وبه يقول محمد ، وأبو يوسف فى رواية وأبو حنيفة فى رواية ، والرواية الأخرى الراجحة أنها لا تعتبر ، ونقل عن أبى يوسف أيضا أنه لا تعتبر الكفاءة فى الصنائع إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ .

ومن يقول بالتكافؤ فى الصناعة يستدل على ذلك بأن الله تعالى قال : « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق » أى فضل بعضكم على بعض فى سبب الرزق ، فبعض الناس يصل إليه بعز وراحة ، وبعضهم يصل إليه الرزق بذل ومشقة ، هكذا فسرها بعض الذاهبين إلى اشتراط التكافؤ فى الصناعة ، واستندوا أيضا فى هذا الشرط إلى أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٦

وأما من لايقول بهذا الشرط فينظر إلى أن الحرفة ليست ملازمة للإنسان طول حياته ، بل يمكنه أن يتحول من الحرفة الدنيئة إلى الحرفة الشريفة[١] .

وينبغى أن نعرف أن العلماء عندما تكلموا عن صور لا يكون فيها الرجل مكافئا للمرأة قد لاحظوا العرف السائد فى مجتمعهم ويمكن أن تتغير الأعراف فما كانوا يعتبرونه فى زمنهم خسيسا قد لا يعتبر الآن ، وما يعتبر فى مجتمع آخر خسيسا ، فقد تكلم الفقهاء عن عدم تحقق شرط الكفاءة فى التاجر مثلا إذا أراد أن يتزوج بنت العالم أو القاضى ، ونعتقد الآن فى عصرنا هذا أن الاشتغال بالتجارة لا يعد عملا خسيسا ، ولذلك نجد الفقهاء يستندون إلى العرف فى إبداء الحكم بالكفاءة أو عدمها ، يقول الأذرعى : « إن ابن المغنية أو الحامية ونحوها ينبغى أن لا يكون كفؤا لمن ليست أمها كذلك ، ثم علل هذا بقوله : « لأنه نقص فى العرف وعار » وقال بعض العلماء أيضا : « تراعى العادة فى الحرف والصنائع ، فإن الزراعة فى بعض البلاد أولى من التجارة ، وفى بعضها بالعكس[٢] » ويقول الكمال بن الهمام . « إن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه ، وعلى هذا فينبغى أن يكون الحائك كفءا للعطار بالاسكندرية ، لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا ألبتة »[٣] ويقول ابن قدامة : « فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك ، والحجام ، والحارس ، والكساح ، والدباغ ، والقيم ، والحمامى ، والزبال ، فليس بكفء لبنات ذوى المروءات ، أو أصحاب الصنائع كالجليلة ، كالتجارة ، والبناية ، لأن ذلك نقص فى عرف الناس فأشبه نقص النسب »[٤] .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٤ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٦ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٤٩ والمغنى ج ٧ ص ٣٨

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٧

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٤

(٤) المغنى ج ٧ ص ٣٨

هل المال معتبر فى خصال الكفاءة :

بين فقهاء الحنفية أن المال معتبر فى خصال الكفاءة ، واعتبار الكفاءة فى المال عندهم هو أن يكون الرجل مالكا للمهر والنفقة ، والمراد بالمهر هو أن يكون مالكا لما تعارفوا على جعله معجلا ، واختلف الحنفية فى المراد بملك النفقة، فقال بعضهم : المعتبر أن يكون مالكا لنفقة شهر، وقال البعض : أن يكون مالكا لنفقة ستة أشهر ، وبعضهم قال : نفقة سنة ، ويرى بعضهم أن ملك النفقة يتحقق بكونه يكتسب ما ينفق لها يوما بيوم .

ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية أنه يجب اعتبار القدرة على النفقة دون المهر لأنه جرت عادة الناس على المساهلة فى المهر(١) .

هذا من ناحية المهر والنفقة ، وبعد ملكه المهر والنفقة هل تعتبر مكافأة الرجل للمرأة فى غناها أم لا تعتبر ؟ اختلف الفقهاء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن الغنى يعتبر فى الكفاءة ، وهذا هو ما يراه أبو حنيفة ومحمد ، ورواية عن أحمد فالفائقة فى اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة ، وذلك لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر(٢) .

الرأى الثانى : يرى أن الغنى لا يعتبر فى الكفاءة ، وهذا رأى أبى يوسف من الحنفية ، والرأى الراجح عند الشافعية ، والرواية الثانية عن أحمد ، واستند هـــذا الرأى إلى أن المال ظل زائل وليس مما يفخر به أهل المروءات(٣) .

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٣

(٢) الهداية شرح بداية المبتدىء مطبوع مع فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٤ والمغنى جـ ٧ ص ٣٧

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٣ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٦٧ والمغنى جـ٧ ص٣٧

الفصل السابع

الشهادة فى عقد الزواج

ويشتمل على ما يأتى :

١ — تمهيد .

٢ — هل الشاهدان لابد منها .

٣ — شروط الشاهدين .

تمهيد :

كما قدمنا سابقا عند الكلام على إتجاهات الفقهاء فى عد أركان النكاح يذهب بعض الفقهاء وهم غالب الشافعية إلى إعتبار الشاهدين ركنا من أركان عقد النكاح ، ويعتبرونهما ركنا واحدا لا ركنين كما فعلوا بالنسبة للزوجين إذعدوا الزوج ركنا مستقلا والزوجة كذلك ركنا مستقلا ، ولكنهم جعلوا الشاهدين ركنا واحدا إما لأنهم نظروا إلى أن أحد الشاهدين لا يختص بشروط دون الشاهد الآخر . فالشروط التى تشترط فى الشاهدين تشترط فى كل منهما لا يستقل أحدهما بشروط دون الآخر ، ولكن الأمر بخلاف هذا بالنسبة إلى الزوجين فإن الزوج له شروطه الخاصة والزوجة لها شروطها الخاصة ، ومن هنا وجد ما يبرر عد الزوجين ركنين والشاهدين ركنا واحد وإما لأن عقد الزواج يتعلق بالشاهدين معا ولا يتعلق بواحد فقط . فهما أيضا من هذه الناحية يعدان ركنا واحد(١) .

هذا هو إتجاه غالب الشافعية فى عد أركان النكاح ، ويرى البعض من الشافعية أن حضور الشاهدين عقد الزواج شرط من الشروط ولكن تساهل العلماء فى تسمية الشاهدين ركنا ، ولعلهم فى هذا نظروا إلى أن الشاهدين وإن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج فإن لهما مع هـــذا زيادة تعلق وإعتبار فى عقد الزواج ، بحيث صارا بمنزلة الجزء فأعتبروهما ركنا نظرا إلى هذا المعنى.

هذا هو اتجاه الفقه الشافعى بالنسبة إلى الشاهدين هل يعتبران ركنا أم شرطا ، ومهما يكن من أمر فان بعض الفقهاء يعتبر الشاهدين شرطا لا ركنا مثل فقهاء الحنفية وغيرهم ، وبعض الفقهاء لا يعتبر الشاهدين عند العقد لا ركنا ولا شرطا ، ومن هنا نجد أنفسنا مطالبين أولا بمعرفة هذا الخلاف بين العلماء فى الشاهدين هل لا بد منهما فى صحة العقد أم لا ؟ ثم نحاول التعرف بعد ذلك على بقية الأمور المتصلة بالشهادة فى عقد الزواج ،

---

(١) حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ج ٧ ص ٢١٧ .

آراء العلماء فى الشهادة فى عقد الزواج :

اختلف العلماء فى الشاهدين فى الزواج على أربعة آراء :

الرأى الأول : أن عقد زواج المسلمين لاينعقد إلا بحضور شاهدين ، ولافرق بين حضورهما قصدا بأن حضراو هما يقصدان أن يشهدا على عقدالزواج، وحضورهما إتفاقا أى من غير أن يقصدا من أول الأمر أن يحضرالكى يشهدا على العقد . وهذا هو مايراه الأحناف والشافعية ، وهو المشهور عن الإمام أحمد بن حنبل ، وهو ما يذهب إليه الإباضية من فرق الخوارج وروى أيضا عن عمر ، وعلى ، وهو قول ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى . والأوزاعى .[١] وسواء سمع هذان الشاهدان العقد والمهر أو لم يسمعا إلا العقد[٢] .

الرأى الثانى : أن عقد الزواج يصح من غير شهود ، وهذا الرأى رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، وفعله ابن عمر ، والحسن بن على ، وابن الزبير ، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر بن الخطاب، وبهذا الرأى قال عبدالله بن إدريس، وعبد الرحمن بن مهدى ، ويزيد بن هارون ، والعنبرى ، وأبو ثور ، وابن المنذر[٣] ويرى الإمامية من الشيعة أن عقد الزواج يصح من غير شهود إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ، وهذا هو الرأى الأصح فى فقه الإمامية[٤] .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٨ ، وفتح القدير جـ٢ ص ٣٥١ ، ومغنى المحتاج جـ٣ ص ١٤٤ والعدة شرح العمدة ص ٣٦٢ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفين جـ ٦ ص ٨١ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٤ الروضة جـ ٧ ٤٩ .

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٨ .

(٤) انظر فى فقة الإمالية : المختصر النافع تأليف جعفر بن الحسن الحلى التوفى فى سنة ٦٧٦ هـ ص ١٧٠ مطبعة دار الكتاب العربى بمصر وشرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام تأليف جعفر بن الحسن جـ ٢ ص ٢٧٤ مطبعة الآداب فى النجف الأشرف.

الرأى الثالث : أن الإشهاد على الزواج واجب ، ولكن لايتحتم حصول الإشهاد عند العقد ، فهو عند عقد الزواج مندوب زيادة على الواجب ، فإذا كان الإشهاد قد حصل عند العقد فقد تحقق القيام بالواجب والمندوب ، وإذا لم يحصل إشهاد عند العقد فإن العقد يكون صحيحا ، لكن إذا أراد الزوج الدخول فإنه يجب الإشهاد وهذا الرأى هو ما يراه المالكية .

فالإشهاد إذن ليس شرطا عندهم فى صحة عقد الزواج ، وإنما هو واجب مستقل ، ووقت أداء هذا الواجب يكون عند العقد ندبا أو عند الدخول وجوبا[1] على هذا فإن إنشاء عقد الزواج لايشترط فيه عند المالكية شهادة وإنما الشهادة شرط لترتيب آثار العقد عليه : وبين المالكية أنه إذا قصدا الاستسرار بالعقد فلايصح أن يثبتا عليه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح السر ، ويؤمر الزوج أن يطلقها طلقة ثم يستأنف العقدمعها[2]. واختلفوا فيما إذا أشهد شاهدين على عقد الزواج وأمرهما بأن يكتما هذا الزواج، فقال البعض إن هذا من نكاح السر المنهى عنه ، ويجب أن يفسخ سواء أكان قد دخل الزوج بها أم لا إلا أن يقول بعد الدخول فلايفسخ .

وقال البعض الآخر : إن النكاح صحيح لافساد فيه ويثبت قبل الدخول وبعده ، ويؤمر الشهود بأن يعلنوا النكاح وينهوا عن كتمانه[3] .

الرأى الرابع : أن عقد الزواج لايكون صحيحا إلا إذا وجد واحد من أمرين : إما إشهاد عدلين ، أو إعلان عام ، وهذا هو مايراه ابن حزم الظاهرى[4] .

هذه هى الآراء ، وإليك الآن بيانا لما إستدل به كل رأى من هذه الآراء .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٦ .

(٢) المقدمات الممهدات لمحمد بن أحمد بن رشد ج ٢ ص ٤٠ .

(٣) المقدمات الممهدات ج ٢ ص ٤٠ .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٥٦٨

أدلة الآراء

دليل الرأى الأول :

أما أصحاب الرأى الأول ، وهو القائل بأن الزواج لايصح إلا بحضور شاهدين فقد إستدلوا بأحاديث متعددة وإن كان قد قيل إن بعضها ضعيف ، أو إن رفعه ضعيف ، فإنها مع ذلك تصلح دليلا على وجوب الإشهاد على عقد الزواج ، وذلك لأن بعضها يقوى البعض الآخر ، بالإضافة إلى أنها قد تقوت بما صح وثبت رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

وإليك بيانا لبعض هذه الأحاديث .

أولا : ما رواه أحمد والدارقطني والبيهقي وأشار إليه الترمذي ، من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » لكن فى إسناده عبد الله بن محرز الجزرى وحديثه متروك لا يحتج به .

ثانيا : ما رواه البيهقى عن أبى هريرة مرفوعا وموقوفا[١] بلفظ « لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدين ، وفى إسناده المغيرة بن موسى البصرى وقد قال البخارى فيه : منكر الحديث[٢] .

ثالثا : ما رواه الدارقطنى[٣] عن عائشة أنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسم : « لابد فى النكاح من أربعة : الولى ، والزوج ، والشاهدين ، وفى إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة وهو مجهول[٤] .

رابعا : ما رواه الترمذى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

---

(١) الحديث المرفوع هو ما أضيف إلى النبى صلى الله عليه وسلم خاصة قولا أو فعلا أو تقريراً أو وصفا ، والموقوف هو المروى عن الصحابة قولا أو فعلا أو تقريراً متصلا أو منقطعا .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٦

(٣) سنن الدارقطنى ص ٣٨١ .

(٤) سنن الدارقطنى ص ٣٨١

« البغايا التى ينكحن أنفسهن بغير بينة » وقد ذكر الترمذى أن هذا الحديث لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه وأن الصواب هو الوقف .

وما ذكره الترمذى لا يعد قادحا لأن عبد الأعلى ثقة فإذا حدث منه رفع هذا الحديث إلى النبى صلى الله عليه وسلم مرة ووقفه مرة أخرى فلا يعد هذا طعنا فى الحديث ، لأنه يقبل زيادة الثقة ورفعه فقد يرفع الراوى الحديث وقد يقفه ، فالرفع من عبد الأعلى إذن صحيح(١) .

خامساً : ما رواه مالك فى الموطأ والبيهقى عن أبى الزبير المكى : « أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، فقال : هذا نكاح السر ولا أجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » أى لو كنت أذعت حكمه على عامة الناس لقمت برجم هذين الزوجين ، لأنه لا يوجد عذر لهما حينئذ ولكننى لم أذع هذا الحكم على الناس فلن أرجمهما لأنهما معذوران لجهلهما بالحكم (٢) .

وبعد ، فما ذكرناه جانب من الأحاديث التى استدل بها على وجوب الإشهاد على عقد الزواج ، وكما قلنا سابقا فإنه وإن كان قد قيل إن فى بعضها ضعيفا أو إن رفع بعضها ضعيف إلا أن بعضها يقوى البعض الآخر ، وقد تقوت أيضا بما صح وثبت رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

هذا ، وبجانب هذه الأحاديث أيضاً فقد استدل أصحاب هذا الرأى بالدليل العقلى ، فقالوا : إن العقد كما يتعلق به حق المتعاقدين فإنه يتعلق به أيضا حق غير المتعاقدين وهو الولد الذى يأتى ثمره من ثمار عقد الزواج ، فكانت الشهادة لابد منها فى عقد الزواج ، لأن الأب قد يجحد ولده فيؤدى هذا إلى ضياع نسبه(٣) .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٢ ص ١٤٢

(٢) السيل الجرار للشوكانى جـ ٢ ص ٢٦٩ وبحوث فى الفقه المقارن ص ١٤٧

(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٤ والمغنى جـ ٧ ص ٦ .

دليل الرأى الثانى:

أولا : الآيات الكريمة التى جاءت فى القرآن لبيان مشروعية الزواج وأحكامه مثل قول الحق تبارك وتعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء» جاءت مطلقة لم تقيد بالإشهاد على عقد الزواج . فكان هذا دليلا على صحة عقد الزواج سواء أحصل عليه إشهاد أم لا كما هو المعروف فى حكم النصوص المطلقة ، فقول الله سبحانه « فانكحوا » جاء مطلقا أى افعلوا نكاحا أى نكاح سواء أكان قد حصل عليه إشهاد أم لا .

والجواب عن هذا الاستدلال بأن قول الله سبحانه « فانكحوا » قد قيد بحديث عائشة الصحيح الذى دل على أن الإشهاد شرط من شروط عقد الزواج.

ثانيا : استدل لهذا الرأى أيضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أعتق صفية بنت حي وتزوجها بغير شهود ، فقد روى الشيخان — واللفظ للبخارى — عن أنس بن مالك رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال ، يبنى بصفية . فدعوت المسلمين إلى وليمته ، ما كان فيها من خبز ولا لحم ، وما كان فيها إلا أن أمر بالانطاع فبسطت ، فألقى عليها التمر والاقط والسمن ، فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين ، أو ماملكت يمينه ؟ فقالوا : إن حجبها فهى إحدى أمهات المؤمنين ، وإن لم يحجبها فهى مما ملكت يمينه . فلما ارتحل وطأ لها خلفه ، ومد الحجاب » .

فإن المسلمين قد ترددوا فى أمر صفية رضى الله عنها . ثم استدلوا على أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج بها بالحجاب . وهذا يدل على أن زواج الرسول بها كان من غير شهود ، وإلا لما كان ذلك خافياً عليهم .

وإذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد تزوج من غير شهود فإن هذا يدل على أنه يجوز لغيره أن يتزوج من غير شهود .

والجواب عن هذا الحديث بأنه لادلالة فيه على أن زواج الرسول صلى

الله عليه وسلم بصفته كان من غير شهود ، لأنه يحتمل أن الذين حضروا العقد وشهدو كانوا غير الذين ترددوا .

ولو سلمنا أن التردد كان من الجميع فإن الزواج من غير ولى للمرأة وشهود على عقد الزواج من الأمور التى أختص بها المصطفى صلى الله عليه وسلم ، وفى هذا جمع بين هذا الحديث والأدلة التى توجب الإشهاد على عقد الزواج(١).

ثالثاً : لما كان الزواج عقداً فإن الإشهاد لايكون شرطا فيه كالبيع فانه عقد ولا يشترط الشهادة فيه .

رابعاً : الإشهاد أمر يقصد به التوثق فلا يكون شرطاً فى انعقاد الزواج قياساً على الرهن فإنه يقصد به التوثق ومع ذلك فإنه ليس شرطاً فى الدين .

ويجاب عن هذين الدليلين بأمرين :

الأمر الأول : أنهما قياسان باطلان ، وذلك لأنه من المعروف أن القياس إذا صادم نصاً من القرآن أو السنة فإنه لا يعتد به ، وهذان القياسان يتصادمان مع النصوص التى ذكرها أصحاب الرأى الأول ودلت على اشتراط الشهادة فى عقد الزواج(٢) .

الأمر الثانى : أن البيع وما ماثله من العقود المالية بعيدة عن مضاهاة النكاح لما يشتمل عليه النكاح من النسب والأولاد وأمر الفراش ، وما يجب من الاعتناء بصيانة الأولاد ونسبهم ،وذلك يفتقر إلى صيانة الفراش ،وصيانة الفراش تفتقر إلى الإشهاد على النكاح (٣) .

خامساً : أن الإشهاد لو كان شرطاً فى صحة عقد الزواج لأمر الله تبارك

---

(١) ، (٢) بحوث فى الفقه المقارن ، المصدر السابق ص ١٥٢ .

(٣) شفاء الغليل لحجة الإسلام الغزالى ص ٦٠٨ .

وتعالى به فى كتابه الكريم كما أمر سبحانه به فى عقد البيع وهو أمل أقل شأناً من عقد الزواج ولكن الله سبحانه لم يأمر به فى عقد الزواج فدل ذلك على أن الإشهاد ليس بشرط فيه .

* * *

والجواب عن هذا بأنه لا يتحتم أن يكون كل شرط شرعى أو أمر واجب مذكوراً فى كتاب الله تعالى ، بل يكفى أن يقوم أى دليل شرعى عليه ، وقد ثبت بالسنة قيام هذا الدليل على الإشهاد (١) .

دليل الرأى الثالث :

المالكية - كما ذكرنا سابقاً - من الذاهبين إلى أن عقد الزواج يصح بدون شهود ، ولهذا فإن الأدلة التى يمكن أن يستدل بها لهم هى الأدلة التى يستدل بها لأصحاب الرأى السابق . وقد علمنا هذه الأدلة والجواب عنها فيما سبق ، وقد عللوا إيجاب الإشهاد عند الدخول بالزوجة بأنه يخاف من كل إثنين : رجل وامرأة اجتمعا على فساد خلقى ، أن يدعيا أنه سبق أن عقدا عقد زواج بلا شهود ، وهذا يؤدى فى النهاية إلى أن لا يطبق حد الزنا على الزناة (٢) .

* * *

والجواب عن هذا التعليل بأن ماذكرتموه يقتضى أن يكون الإشهاد شرطاً فى صحة عقد الزواج ، حتى يتحقق التمييز من أول الأمر بين الزنا وعقد الزواج (٣) .

دليل الرأى الرابع :

استند ابن حزم فى دعواه بأن عقد الزواج يصح بأحد أمرين : الإشهاد أو الإعلان إلى مارواه ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة

(١) المصدر السابق ص ١٥٦ . (٢) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٢١٦

(٣) بحوث فى الفقه المقارن ص١٤١ .

عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل ، وإن دخل بها فلها المهر ، وإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » .

فهذا الحديث ظاهر فى وجوب الإشهاد، وأما إذا لم يكن إشهاد فقد حاول ابن حزم أن يبين بعبارة ركيكة أن الإعلان كاف فى صحة عقد الزواج ، وكل ما نستطيع أن نفهمه من هذه العبارة الركيكة ، أنه يحاول أن يقول : إننا إذا كنا نصدق إنسانا فى خبره فقد أثبتنا له العدالة والصدق فى ذلك الخبر الذى أخبرنا به ، وعلى هذا فإذا حدث إعلان للزواج بعد العقد من الزوج وولى المرأة ، فهما بلا شك فى هذا الإعلان صادقان عدلان ، وإذا كانا صادقين عدلين صح عقد الزواج ، لأنه حينئذ عقد زواج إشهد عليه شاهدا عدل[1] .

وهذا الكلام من ابن حزم لا يعدو أن يكون لفا ودورانا لإثبات أمر بعيد كل البعد عما يقوله ، ورحم الله أستاذنا الشيخ مصطفى مجاهد إذ وصف هذه العبارة — بصدق — بأنها عبث من القول ، فمن أين يمكن أن نتثبت أن الزوج وولى المرأة صادقان فى إخبارهما عن عقد الزواج ، هل هناك ما يمنع من أن يكونا كاذبين ؟ ثم على فرض صدقهما فى هذا الخبر ، فهل هناك تلازم بين صدقهما فى هذا الخبر وكونهما عدلين فيه ؟ لا تلازم ، لأن الفاسق قد يكون صادقا فى خبر من الأخبار ولا يسمى عدلا وإن سمى صادقا فى هذا الخبر ، ثم كيف نعتبرهما شاهدين على عقد الزواج مع أنهما العاقدان أنفسهما ، فكيف يمكن أن يكون الشاهد والمشهود له أو المشهود عليه شخصا واحدا ؟!

ولو كان ابن حزم يقصد أن المعلنين لعقد الزواج شخصان أجنبيان كلفا من الزوج والولى بأن يعلنا العقد ، فكيف يمكن اعتبارهما صادقين فى إخبارهما عن حصول هذا العقد مع أنهما لم يحضرا هذا العقد بل سمعا عنه ؟!

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ صـ ٥٦٨

صحيح أنه يمكن أن يكونا صادقين فى أنهما سمعا لو أخبرا بأنهما سمعا عن حصول العقد ، ولكن إذا حدث هذا فإنه لا يكون شهادة على العقد ، بل هو شهادة على أن الزوج والولى قد أخبرا بحصوله ، وقد يكون الزوج والولى كاذبين فى إخبارهما فالأمر حينئذ يرجع إلى أن المثبت للعقد هو إخبار الزوج والولى ، وقد بطل هذا كما تقدم(١) .

وبعد ، فقد بان بما سبق أن الرأى القائل بوجوب الإشهاد فى عقد الزواج هو الرأى الراجح من الآراء السابقة ، وعلى هذا فنرى أن الشهادة لا بد منها عند العقد ، سواء أقلنا إنها ركن أم شرط .

وإن كنا نميل إلى ما يراه غالب الشافعية من عد الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج ، فهما وإن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج فإن لهما مع هذا زيادة تعلق واعتبار فى عقد الزواج ، بحيث صارا بمنزلة الجزء من الكل .

ولننتقل بعد ذلك إلى التعرف على شروط الشاهدين .

شروط الشاهدين

اختلف العلماء الذاهبون إلى اشتراط الشهادة فى عقد الزواج فى الشروط التى يجب أن تتوافر فى الشاهدين ، وسنبين هذه الشروط مشيرين إلى الخلاف إن وجدناه فى واحد منها ، وإليك هذه الشروط .

الشرط الأول : الإسلام ، وهذا شرط شرطه العلماء فى الشاهد بالإجماع إذا كان الزوجان مسلمين ، فلا تصح شهادة الكافر على زواج مسلم بمسلمة .

---

(١) بحوث فى الفقه المقارن ، المحلى لابن حزم ص ١٥٧

وأما إذا كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة بأن كانت يهودية أو نصرانية ، فقد اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : يرى أنه لابد أن يكون الشاهد مسلما حتى لو كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة ، وهذا الرأى هو ما يراه الإمام الشافعى والإمام أحمد ، ويراه من الحنفية محمد وزفر(١) .

الرأى الثانى . يرى أنه يصح أن يكون الشاهد ذميا وهو اليهودى أو النصرانى المعدود من رعايا الدولة الإسلامية إذا كانت الزوجة ذمية . وهذا الرأى هو مايراه الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف(٢) .

الاستدلال لكل رأى

الاستدلال للرأى الأول :

أما الرأى الأول فيستند إلى عدة أدلة :

الأول : مارواه ابن حبان فى صحيحه عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وواضح أن الكافر لايمكن أن تتحق فيه صفة العدالة ، لأنه أفسق الفساق .

الثانى : أن هذا زواج مسلم ، وزواج المسلم يجب أن يكون حكمه حكم زواج المسلمين ، وزواج المسلمين لاينعقد بشهادة ذميين ، فهذا الزواج لاينعقد بشهادة الذمى(٣) .

الثالث : أن السماع فى النكاح شهادة ، ولا شهادة للكافر على المسلم ، فالنتيجة إذن أنه لاسماع للكافر على المسلم ، والمراد عدم اعتبار السماع لاعدم حقيقته

(١) المغنى ج ٧ ص ٩ والهداية شرح بداية المبتدى مطبوع مع فتح القدير ج٢ ص٣٥٣

(٢) الهداية المصدر السابق ج٢ ص٣٥٣ . (٣) المغنى ج ٧ ص ٩

وإذا انتفى اعتباراً لسماع صار وجوده كعدمه ، فكأن الشاهد إذا كان ذميا لم يسمع كلام المسلم(١) .

الاستدلال للرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى فيحتج بأن الشهادة إنما شرطت فى عقد الزواج على اعتبار إثبات ملك الزواج على الزوجة ، لأن العقد وارد على محل ذى خطر ، وهو بضع أنثى ليس مالكا لها تحل له من بنات آدم ، على وجه تكون فيه مقصورة على نفسه لإستيفاء رغباته منها ، وهذه من جلائل نعم الله تبارك وتعالى ، وهذا معنى مناسب لأن يشترط فى هذا العقد أن يحضر السامعون العقلاء إظهاراً لتعظيم هذا العقد ليقع فى محفل من المحافل ، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال على الرجل دون المرأة مع أن ملك الاستمتاع مشترك بين الرجل والمرأة ، فعلم أن الشهادة قد اشترطت لصحة العقد لا لكون كل منهما يملك الاستمتاع بالآخر وإلا لما كان الرجل وحده هو الملزم بأن يدفع لها مهرا ، ولا على اعتبار وجوب المهر للمرأة على الرجل ليكونا شاهدين عليه ، لأنه لم يعهد فى تقريرات الشرع أن الشهادة تشترط فى لزوم المال ، ولا على اعتبار أن المرأة تملك الضم والازدواج المشترك بينهما ، لأن الازدواج والضم يثبت تابعا لملك البضع ، والتوابع لا تشترط الشهادة فيها ، وإلا لو كانت الشهادة تشترط فى التوابع لوجبت الشهادة عند شراء الرجل أمة ليستمتع جنسيا بها ، فإن ملك الرجل هذا الاستمتاع الجنسى تابع من توابع ملكه لها .

فتبين إذن أن الشهادة قد شرطت فى عقد الزواج لثبوت ملك الزوج على الزوجة ، وإذا كانت الشهادة قد شرطت فى هذا العقد لثبوت ملك الزوج على الزوجة كان الشاهدان بشهادتهما على هذا العقد شاهدين على الزوجة ، فإذا كانت ذمية فيجوز أن تكون الشهادة بذميين ، فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعا ،

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٤

ولهذا لو كان كل من الزوج والزوجة ذميين فإن الشرع يحكم بصحة زواجهما حتى لو دخلا فى الإسلام بعد زواجهما فإن زواجهما يبقى على صحته(١) .

الرأى المختار :

نحن نميل إلى الرأى الأول القائل بأنه لابد أن يكون الشاهد مسلما حتى لو كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة لأمرين :

الأمر الأول : الأدلة التى استند إليها هذا الرأى .

الأمر الثانى : أنه كما أن الشاهدين بشهادتهما على عقد الزواج شاهدين على الزوجة كما بين صاحب الرأى الثانى ، فإن هذا لا يمنع شهادة الشاهدين على الزوج إذ لو فرضنا بعد حدوث العقد أن أنكر الزوج هذا الزواج فما الذى يثبت للزوجة حقوقها قبل الزوج ، لاشك أن وسيلة الإثبات هى الشاهدان ، فإذن يمكن أن يشهد الكافر على المسلم ، والشهادة نوع من الولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، قال تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » .

الشرط الثانى : البلوغ ، وذلك لأن الصبيان ليسوا من أهل الشهادة ، لأن الشهادة ولاية والصبى لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره .

الشرط الثالث : العقل ، فلا ينعقد بشهادة من به جنون ، والعلة فى هذا كما هى العلة ، فى شرط البلوغ .

الشرط الرابع : الحرية ، وهذا شرط شرطه أبو حنيفة والشافعى(٢) ، ولم يشترطه الحنابلة ، ومبنى الخلاف على قبول شهادة العبد فى سائر الحقوق ، فالقائلون بأن العبد تصح شهادته أجازوا انعقاد الزواج بشهادة العبدين ،

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٣٥١ ومغنى المحتاج جـ٣ ص١٤٤ .

والقائلون بأنه لاتصح شهادة العبد قالوا بعدم صحه النكاح بشهادة العبيد(١) ، وقد استند الذاهبون إلى إشتراط الحرية فى الشهادة إلى أن الشهادة ولاية والعبد لا ولاية له على نفسه ، فمن باب أولى أن لاتكون له ولاية على غيره(٢) .

الشرط الخامس : الذكورة ، وهذا شرط شرطه الشافعى ، والنخعى ، والأوزاعى ، ورواية عن أحمد ، فلا يصح عقد الزواج بشهادة النساء ، ولا بشهادة رجل وامرأتين(٣) .

ويرى الأحناف انعقاد الزواج بشهادة رجل وامرأتين ، وروى ذلك أيضا عن الشعبى(٤) .

الاستدلال لكل رأى

الاستدلال للرأى الأول : أما الذاهبون إلى عدم صحة عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين فقد استدلوا بما يأتى :

أولا : ما روى عن الزهرى أنه قال : مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لاتجوز شهادة النساء فى الحدود ، ولا فى النكاح ، ولا فى الطلاق ، رواه أبو عبيد فى الأموال ،

ثانيا : أن عقد الزواج عقد ليس بمال ، ولا المقصود منه المال . ويحضره الرجال فى غالب أحواله،فلا يثبت بشهادة النساء كما لاتثبت الحدود بشهادتين .

الاستدلال للرأى الثانى :وأما الرأى الثانى الذى يرى انعقاد الزواج بشادة رجل وامرأتين فيحتج بأن عقد الزواج عقد من عقود المعاوضة،فينعقد بشهادة النساء مع الرجال كما ينعقد بذلك عقد البيع .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ١١ (٢) الهداية ، وفتح القدير ج٢ ص٣٥١ ، ٣٥٢

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٤ والمغنى ج ٧ ص ١٠

(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥١ والمغنى ج ٧ ص ١٠

والجواب عن هذا الاستدلال كما ذكر أصحاب الرأى الأول بأن هذا عقد ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويحضره الرجال غالبا فلا يثبت بشهادة النساء كما لاتثبت الحدود بشهادتهن [(١)] .

الشرط السادس : العدالة ،وهى ملكة فى النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكبيرة والإضرار على صغيرة،ومعنى الكبيرة: الجرائم التى وردفيها وعيدشديد فى القرآن الكريم أو على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم ، وذلك مثل الزنا والسرقة ، والقتل ، وأكل مال اليتيم ،وشرب الخمر ،وما ماثل ذلك. وإذا عدمت صفة العدالة فى شخص تحققت صفة الفسق فيه فسمى فاسقا .

واشتراط العدالة فى الشاهدين قال به الشافعية ،ورواية عن الإمام أحمد[(٢)] وينبغى أن يلاحظ أن العدالة المطلوبة فى الشاهدين على رأى من يقول بذلك ليس المعتبر حقيقتها بل إن عقد الزواج يصح بشهادة مستور الحال ، أى يكونان معروفين بالعدالة بحسب الظاهر من حالهما ، لابحسب الباطن ، فكون الشاهدين مستورين لم يظهر فسقهما للناس كاف فى صحة شهادتهما ، وذلك لأن الظاهر من المسلمين العدالة حتى يثبت العكس ولأن عقد الزواج يجرى بين أوساط الناس وعوامهم ، فلو اشترطت العدالة الباطنة لاحتاج هؤلاء إلى معرفة حقيقة العدالة المشترطة حتى يحضروا للشهادة من هو متصف بها . فيطول الأمر عليهم ويشق[(٣)] .

كما ينبغى أيضاً أن يلاحظ أن انعقاد الزواج بمستور العدالة لافرق فيه بين أن يكون الحاكم هو الذى عقد بشهادة مستورى العدالة أو غير الحاكم ، وذلك لأن الحاكم فى كل الأمور التى طريقها المعاملة هو كغيره من سائر أفراد الشعب فى هذة الأمور ، ولهذا لو رأى الحاكم مثلا مالا فى يد إنسان يتصرف

---

(١) المغنى حـ ٧ ص ١٠

(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٤٤ والمغنى حـ ٧ ص ٩

(٣) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ١٤٥

فيه بلا منازع له فى هذا المال ، فإن للحاكم أن يشتريه من هذا الشخص اعتمادا على ظاهر اليد ، كما يجوز لغير الحاكم أن يشترى هذا المال اعتماد على ظاهر اليد، فكون المال فى يده يتصرف فيه بلامنازع يدل ظاهرا على أنه مالكه، ولا يصح أن يقال : إن الحاكم لاتلحقه مشقة فى أن يطلب الحجة وسماع البينة[١] .

ولم يشترط الأحناف فى الشاهدين العدالة فأفتوا بصحة عقد الزواج إذا شهد عليه فاسقان ، [٢] وكذلك إحدى روايتين عن الإمام أحمد تقول بصحة عقد الزواج بشهادتهما [٣] .

الاستدلال لكل رأى

الاستدلال للرأى الأول :

أما الرأى الأول القائل باشتراط العدالة فى الشاهدين فيستدل له بعدة أدلة:
الأول : ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وهو مارواه ابن حبان فى صحيحه عن السيدة عائشة رضى الله عنها .

الثانى : أن عقد الزواج إذا تنوزع فيه لايثبت بشهادة الفاسق . فكذلك لاينعقد بحضور الفاسقين كما لاينعقد بحضور المجنونين[٤] .

الثالث: أن الشهادة من باب الكرامة، فهى قد اشترطت فى عقد الزواج إظهارا لخطر هذا العقد ، وإذا كانت الشهادة من باب الكرامة ، فإن الفاسق من أهل الاهانة ، فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضار الفاسق لكى يشهد عليه[٥] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٣٥
(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٥١
(٣) المغنى جـ ٧ ص ١٠
(٤) المغنى جـ ٧ ص ٩
(٥) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٥٢

الاستدلال للرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى القائل بعدم اشتراط العدالة فى الشاهدين ، فيستدل على على ذلك بأمرين :

الأمر الأول : انه ثبت أن الشارع لم يحرم الفاسق من الولاية على نفسه، وذلك لأن له أن يزوج نفسه ، وان يزوج عبده وأمته ، وله أن يقر بما يتعلق بنفسه من القتل او غيره .

وإذا ثبت أن الشارع لم يحرم الفاسق من الولاية على نفسه فقد علم من ذلك أنه لم يعتبر شرعا فسقه سببا فى سلب أهلية الولاية مطلقا ، فجاز ثبوت ولايته على غيره لأن هذا الغير كنفسه، إلا أن ثبوت ولايته على غيره لا يتحقق إلا برضا هذا الغير ، وذلك بتولية هذا الغير للفاسق عليه، وإذا طلب الغير من الفاسق أن يشهد فقد طلب منه الولاية ورضى به ،فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه ، كما يصح منه سماعه الإيجاب أو القبول فى عقود المعاملات التى يعقدها لنفسه من غيره ، ومجرد سماع الشاهد فى عقد الزواج هو الشرط المطلوب ، فتجوز شهادة الفاسق أى سماعه فى عقد الزواج ، أما أداء الشهادة فتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضى(١) .

هذا هو الاستدلال الأول للرأى القائل بعدم اشتراط العدالة فى الشاهدين والرد عليه أن هذا الاستدلال كما بين صاحبه لم يزد على اقتضاء تجويز أن يكون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم وجود ما ينفيها ، لكن إذا لاحظنا أن الشهادة اشترطت فى عقد الزواج لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الذى ورد عليه هذا العقد فإن هذا يعد نافيا لصحة شهادة الفاسق على عقد الزواج ، لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة .

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٣

وهذا الرد رد به الكمال بن الهمام وهو حنفى ، والأحناف كما بينا يقولون بعدم اشتراط العدالة ، رد به على هذا الاستدلال ثم بين أن شهادة الفاسق تنافى إظهار تعظيم العقد والمحل الوارد عليه إذا كان الفاسق يشهد العقد حال فسقه كما إذا حضر حال سكره ، وأما إذا كان فى نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فإن إحضاره للشهادة لا يتنافى مع كون الشهادة اشترطت فى عقد الزواج إظهارا لتعظيمه(١) .

وهذا غير مسلم من الكمال لأن الفاسق سواء أكان ذا حشمة حال العقد أم لم يكن كذلك فهو فاسق أولا وأخيراً فحضوره للشهادة مناف لتعظيم العقد .

الأمر الثانى : مما استدل به الذاهبون إلى صحة شهادة الفاسق فى عقد الزواج أن الفاسق يصح أن يتولى رياسة الدولة التى هى أعم من الشهادة ضرراً ونفعا وذلك لأن العدالة ليست شرطا من الشروط التى يجب توافرها فى رئيس الدولة ولما كان الفاسق يصح أن يتولى رياسة الدولة ورياسة الدولة ولاية عظمى أعم فى ضررها ونفعها من أى ولاية سواها . فإن هذا يفيد صحة صلاحيته للولاية الصغرى التى هى أقل من الولاية العظمى وهى رياسة الدولة ، ولاشك أن كلا من ولاية القضاء والشهادة هى ولاية صغرى ، فيكون الفاسق صالحا للشهادة إذن بالطريق الأولى .

والدليل على أن الفاسق يصح أن يتولى رياسة الدولة أن الخلفاء غير الأربعة الراشدين ومن تبعهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق ومع ذلك فإن السلف كانوا يرون أن رياستهم منعقدة لم يخرجهم الفسق عن الولاية العامة ولم يبطل تقليدهم غيرهم القضاء وغيره(٢) .

هذا هو الأمر الثانى مما استدل به الذين يذهبون إلى صحة شهادة الفاسق

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٥٢ (٢) فتح القدير جـ ٢ ص

فى عقد الزواج ، ونحن نرى أن هذا لا يصح أن يكون مستنداً يستندون إليه لأن هؤلاء الخلفاء الذين ذكروهم والذين كانوا قلما يخلون من فسق إنما كانوا ملوكا تغلبوا على الأمة ، فبقوا فى منصب رياسة الدولة بالقوة والقهر لا نتيجة لرضا الأمة واختيارها ، ومن المعروف أن حال التغلب هى حال ضرورة فلا يصح أن تكون دليلا يستدل به ، ولو قلنا إن ولاية المتغلب الذى لا يتوافر فيه شرط العدالة غير صحيحة لترتب على ذلك تعطيل المصالح الدينية والدنيوية للأمة ، كالفصل فى خصومات الناس وجهاد الأعداء وغير ذلك من المصالح[1].

وبعد، فمما سبق يتبين أن الرأى القائل باشتراط العدالة فى الشاهدين فى عقد الزواج هو الأولى بالقبول والترجيح .

لو تبين بعد العقد فسق الشاهد :

لو بان فسق الشاهد ، فإما أن يتبين أنه كان فاسقا عند العقد ، أو فاسقا قبل العقد ، أو فاسقا بعد العقد ، أو يتبين فسقه فى الحال لكن لا نعلم هل هذا الفسق قديم أم حادث .

فإذا تبين أن الشاهد كان فاسقا عند العقد فهل يؤثر هذا فى صحة العقد فيكون باطلا أم أنه لا يؤثر اعتبارا بظاهر العدالة عند العقد ؟ اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : يرى أنه يتبين بطلان العقد ، لأن صفة العدالة المطلوبة فى الشاهد لم تكن موجودة فيه عند حضوره للشهادة ، وقياسا على ما إذا بان الشاهد كافرا عند العقد ، وهذا هو الرأى الراجح فى فقه الشافعية[2] .

الرأى الثانى : يرى أنه لا يؤثر ذلك فى صحة العقد ، وهو ما يراه الحنابلة

(١) رياسة الدولة فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد رأفت عثمان ص ١٤٥

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٥

ورأى مرجوح عند الشافعية ، ويستند فى هذا إلى أن الشرط المطلوب فى الشاهد على عقد الزواج هو أن تتحقق فيه العدالة ظاهراً بمعنى أن لا يكون ظاهر الفسق ، وهذا الشاهد كان حين العقد ظاهر العدالة .

وقد رد ابن قدامة على الرأى الأول القائل ببطلان العقد ، بأن العدالة فى الباطن لو كانت شرطا لوجب الكشف عنها ، وذلك لأنه إذا كان مشكوكا فيها يكون شرط النكاح مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ، ولا تكون المرأة حلالا لزوجها عند الشك فى صحة نكاحها(١) .

وأما إذا تبين أن الشاهد كان فاسقا قبل العقد فقد أفتى بعض الشافعية بأن هذا لا يؤثر فى صحة العقد ، لكن بشرط أن يكون مضى عليه زمن يكون فيه بعيدا عن المعاصى التى تجعله فاسقا(٢) .

وأما إذا تبين أن الشاهد كان فاسقا بعد العقد فإن هذا لا يؤثر فى صحة عقد الزواج ، لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد(٣) .

وإذا تبين فسق الشاهد فى الحال لكن لا نعلم إن كان هذا الفسق قديما أم حديثا ، فإن هذا غير مبطل لعقد الزواج ، إذ أن من الجائز أن يكون هذا الفسق حادثا بعد العقد(٤) .

بم يبين فسق الشاهد :

يبين فسق الشاهد بواحد من أمرين :

الأمر الأول : البينة أى شاهدان يشهدان بأنه كان فاسقا عند العقد .

الأمر الثانى : اتفاق الزوجين على فسقه ، بأن قالا إنه فاسقا عند العقد .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ١٠ ومغنى المحتاج جـ٣ ص ١٤٥

(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ صـ ١٤٥

(٣) المغنى جـ ٧ صـ ١٠ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٥ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٥

وسواء فى ذلك أقالا : لم نعلم فسقه إلا بعد العقد ، أو قالا : علمنا فسقه ثم نسيناه عند العقد ، أو قالا : علمنا فسقه عند العقد .

هل يؤثر اعتراف الفاسقين بالفسق :

إذا عقد عقد الزواج بشهادة مستورى العدالة ثم جاء أحدهما أو كلاهما وقالا : كنا عند العقد فاسقين لم يؤثر ذلك فى صحة عقد الزواج ، لأن الحق هنا ليس حقا لهما فلا يقبل قولهما على الزوجين .

لو اعترف الزوج وحده أو الزوجة وحدها بفسق الشاهد :

إذا اعترف الزوج بفسق الشاهدين وأنكرت الزوجة كونهما فاسقين ، يفرق بينهما مؤاخذة له بقوله ، ولكن هل تحسب فرقة فسخ أم هى طلقة بائنة اختلاف فى ذلك ، فالصحيح عند الشافعية أنها فرقة فسخ ، فلا يؤثر فى عدد الطلقات التى يملكها الزوج ، كما إذا أقر بأنه أخوها فى الرضاع ، لأنه لم ينشىء طلاقا ولم يقر به .

والرأى المقابل للصحيح أنها تحسب طلقة بائنة تنقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، كما إذا كان قد تزوج أمة وقال : نكحتها وأنا قادر على مهر الحرة فإنه يفرق بينهما بطلقة بائنة .

ثم بعد ذلك ينظر ، فإما أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يكن قد دخل بها فلها نصف ما سماه من المهر ، وأما إذا كان قد دخل بها فلها كل ما سماه من المهر .

وأما إذا اعترفت الزوجة بفسق الشاهدين وأنكر الزوج ، فإنه لا يفرق بينهما ، بل يقبل قول الزوج على زوجته بيمينه ، وذلك لأن العصمة بيده والمرأة تريد رفع هذه العصمة والأصل بقاؤها .

وتؤاخذ المرأة بإقرارها فى الأمور التى تضار فيها ، فلو مات لا تستحق شيئا من ميراثه ، وإن ماتت هى ، أو طلقها قبل الدخول سقط المهر كله ، وإن ماتت أو طلقها بعد الدخول فهى تستحق الأقل من المهر الذى قدره لها ومهر مثلها .

ويرى بعض الفقهاء أن سقوط المهر فى حالة موتها أو طلاقها قبل الدخول ينبغى أن يقيد بما إذا لم تكن المرأة قد قبضت مهرها ، فإن كانت قد قبضته فليس للرجل حق فى استرداده ، والعلة فى هذا أنها تقر له بالمهر وهو ينكر، فيبقى فى يدها[1] .

الشرط السابع : السمع ، فيشترط فى الشاهد أن يسمع ولو برفع الصوت، وذلك لأن المشهود عليه قول فلابد أن يكون سامعا له ، ويوجد رأى ضعيف لأصحاب الشافعى يرى أن عقد الزواج ينعقد بشهادة الأصم[2] .

الشرط الثامن : البصر ، لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة والسماع ، ولأصحاب الشافعى رأى ضعيف يرى أن عقد الزواج ينعقد بشهادة الأعمى، وذلك لأن الأعمى أهل للشهادة فى الجملة .

الشرط التاسع : أن يكون الشاهد ناطقا .

الشرط العاشر : أن تكون صفة الضبط متحققة فيه ولو مع النسيان عن قرب .

الشرط الحادى عشر : أن لا يكون متعينا للولاية على المرأة ، كالأب والأخ المنفرد إذا وكل رجلا آخر ليتولى العقد بالنيابة عنه وحضر الأب أو الأخ المنفرد مع رجل آخر ليشهدا العقد .

الشرط الثانى عشر : أن يكون كل من الشاهدين عارفا لغة المتعاقدين[3] .

هل ينعقد الزواج بابنى الزوجين وعدويهما .

اختلف العلماء فى إنعقاد الزواج إذا شهد عليه إبنا كل من الزوجين ،

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٥ ، ١٤٦

(٢) المصدر السابق ج ٣ ص ١٤٤

(٣) المصدر السابق ج ٣ ص ١٤٤ .

أو ابن أحدهما وابن الآخر ، أو إذا شهد عليه عدوا كل من الزوجين ، أو عدو أحدهما وعدو الآخر ، على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن الزواج ينعقد بهذه الشهادة ، لأن المذكورين من أهل الشهادة وينعقد بهم النكاح فى الجملة ، وهذا هو الرأى الراجح فى فقه الشافعية .

الرأى الثانى : يرى أن الزواج لا ينعقد بهذه الشهادة ، لأن هذا الزواج يتعذر ثبوته بابن أحد الزوجين أو عدوه إذا ما احتاج الأمر إلى الشهادة لإثباته ، وهذا هو الرأى المقابل للراجح فى فقه الشافعية .

وأصحاب هذين الرأيين متفقون على إنعقاد الزواج بشهادة ابنى الزوج مع ابنى الزوجة وعدويه مع عدويها[1] .

وبعد ، فبهذا نكون قد تكلمنا عن الشروط المطلوبة فى الشاهدين ، وبالكلام عن الشاهدين نكون قد انتهينا من بحثنا فى أركان عقد الزواج وشروط صحته ، والحمد لله أولا وأخيرا ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٤ .

ثبت بأهم المصادر التي ورد ذكرها في البحث

١ — القرآن الكريم .

(أ)

٣ — أحكام القرآن ، لأحمد بن على الرازى الجصاص .

٣ — الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ، اختارها على بن محمد بن عباس البعلى المتوفى سنة ٧٠٣ هـ .

٤ — الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود . طبع دار التحرير للطبع والنشر .

٥ — إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ، للقسطلانى .

٦ — أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان .

٧ — إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لمحمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى سنه ٧٥١ هـ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد مطبعة السعادة .

٨ — الإقناع ، لموسى الحجاوى المقدسى .

٩ — الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعى ، المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢ هـ .

١٠ — الإنصاف فى بيان سبب الإختلاف ، لشاه ولى الله أحمد بن عبد الرحيم الفاروقى الدهلوى المطبعة السلفية .

١١ — الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل ، لعلى بن سليمان المرداوى . مطبعة السنة المحدية .

(ب)

١٢ — بحوث فى الفقه المقارن ، للشيخ مصطفى مجاهد عبد الرحمن . مطبعة الإعتصام .

١٣ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع . لأبى بكر بن مسعود الكاسانى . مطبعة شركة المطبوعات العلمية . الطبعة الأولى .
١٤ — بداية المجتهد ونهاية المقتصر ، لابن رشد ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية .

(ت)

١٥ — التاج الجامع للأصول ، للشيخ منصور على ناصف ، مطبعة عيسى البابى الحلبى .
١٦ — التاج المذهب لأحكام المذهب ، شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار ، وهو من كتب الزيدية ، لأحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى . الطبعة الأولى بمطبعة دار إحياء الكتب العربية سنة ١٩٤٧ .
١٨ — التاج والإكليل لمختصر خليل ، لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق .
١٨ — تحفة المحتاج ، لأحمد بن حجر الهيتمى ، مطبعة مصطفى محمد ، ونسخة أخرى مطبوعة بمطبعة دار صادر ببيروت .
١٩ — تفسير القرآن الحكيم ، للشيخ محمد رشيد رضا ، مطبعة المنار ،
٢٠ — تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير . مطبعة دار إحياء الكتب العربية
٢١ — التفسير الكبير ، للفخر الرازى . المطبعة البهية المصرية .
٢٢ — التنبيه . لأبى إسحاق الشيرازى ، مطبعة التقدم العلمية .

(ج)

٢٣ — الجامع لأحكام القرآن . للقرطبى . مطبعة دار الكتب المصرية .
٢٤ — جواهر الإكليل ، شرح مختصر خليل ، لصالح عبد السميع الأبى الأزهرى دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى .

(ح)

٢٥ — حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم . الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، وطبعة أخرى بمطابع الشعب .
٢٦ — حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل ، مطبعة محمد مصطفى

٢٧ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لأحمد الدردير . دار إحياء الكتب العربية وطبعة أخرى بمطبعة المكتبة التجارية الكبرى .

٢٨ - حاشية الروض المربع . لعبدالله بن عبدالعزيز العنقرى مطبعة السعادة

٢٩ - حاشية سعد جلبى على شرح العناية على الهداية . مطبوعة بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام . مطبعة مصطفى محمد .

٣٠ - حاشية الشبراملسى على شرح الرملى على المنهاج للنووى . مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٣١ - حاشية الشرقاوى على التحرير . مطبعة عيسى البابى الحلبى .

٣٢ - حاشية عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى . مطبعة مصطفى محمد .

٣٣ - حاشية عميرة على شرح المحلى على المنهاج . المطبعة الميمنية .

٣٤ - حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج . المطبعة الميمنية .

٣٥ - الحاوى الكبير . لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى المعروف بالماوردى ، مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ٨٢ فقه الشافعى .

(د)

٣٦ - الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار ، لمحمد علاء الدين الحصكفى مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين . الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية .

(ر)

٣٧ - رد المختار (حاشية ابن عابدين) على الدر المختار . المطبعة الأميرية

٣٨ - الروض المربع ، شرح زاد المستقنع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى . مطبعة السعادة .

٣٩ - روضة الطالبين ، ليحيى بن شرف النووى ، مطبعة المكتب الإسلامى للطباعة والنشر ، رياسة الدولة فى الفقه الإسلامى ، الدكتور محمد رأفت عثمان مطبعة السعادة .

(س)

٤٠ — سبل السلام ، لمحمد بن إسماعيل الكملانى الصنعانى . وهو شرح متن بلوغ المرام لابن حجر العسقلانى ، مطبعة مصطفى البابى .

٤١ — سنن أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى .

٤٢ — سنن الدارقطنى ، لعلى بن عمر الدارقطنى ، المطبع الأنصارى .

٤٣ — السنن الكبرى ، لأحمد بن الحسين بن على البيهقى .

٤٤ — السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، للشوكانى ، مطابع الأهرام التجارية .

(ش)

٤٥ — شرائع الإسلام فى مسائل ، الحلال والحرام ، فى فقه الإمامية لجعفر ابن الحسن (٦٠٢ — ٦٧٦ هـ) مطبعة الآداب فى النجف .

٤٦ — شرح الأسنوى على منهاج الوصول للبيضاوى . مطبعة محمد على صبيح .

٤٧ — شرح جلال الدين المحلى على المنهاج للنووى ، المطبعة الميمنية .

٤٨ — شرح الزرقانى على مختصر خليل ، مطبعة محمد مصطفى .

٤٩ — شرح الزرقانى على موطأ مالك ، مطبعة مصطفى محمد .

٥٠ — الشرح الصغير ، لأحمد الدردير ، مطبعة المدنى .

٥١ — شرح العناية على الهداية ، لمحمد بن محمود البابرتى . مطبوع بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام ، مطبعة مصطفى محمد .

٥٢ — شرح القاموس ، المسمى تاج العروس ، لمحب للدين السيد محمد مرتضى الحسينى ، المطبعة الخيرية .

٥٣ — الشرح الكبير ، لأحمد الدردير ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، وطبعة أخرى بمطبعة المكتبة التجارية الكبرى .

٥٤ — شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، فقه الإباضية إحدى فرق الخوارج ، لمحمد بن يوسف أطفيش . مطبعة دار الفتح .

٥٥ — شرح محمد البدخشى على منهاج الوصول للبيضاوى ، مطبعة محمد على صبيح .

٥٦ — شرح المنهج ، لزكريا الأنصارى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٥٧ — شرح الورقات فى أصول الفقه ، لجلال الدين المحلى ، مطبوع بهامش حاشية الدمياطى على شرح الورقات ، مطبعة مصطفى محمد .

٥٨ — شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل ، لحجة الإسلام أبى حامد الغزالى محمد بن محمد بن محمد الطوسى (٤٥٠ هـ — ٥٠٥ هـ) تحقيق الدكتور حمد الكبيسى ، مطبعة الإرشاد ببغداد .

(ص)

٤٩ — صحيح البخارى بحاشية السندى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية

٦٠ — صحيح مسلم بشرح النووى ، المطبعة المصرية ، وطبعة أخرى بمطبعة حجازى .

(ط)

٦١ — الطراز الحديث فى فن مصطلح الحديث ، للشيخ محمد أبى الفضل الجيزاوى مطبعة مصطفى البابى الحلبى

(ع)

٦٢ — العدة شرح العمدة ، لعبد الرحمن بن إبراهيم المقدس . الناشر مكتبة الرياض بالرياض .

(ف)

٦٣ — الفتاوى الكبرى الفقهية ، لأحمد بن محمد بن محمد بن على بن حجر الهيتمى المولود سنة ٩٠٩ هـ والمتوفى سنة ٩٧٤ هـ مطبعة عبد الحميد أحمد حنفى .

٦٤ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، لأحمد بن على بن محمد ابن حجر العسقلانى ، المطبعة السلفية ، وطبعة أخرى بالمطبعة الخيرية .

٦٥ — فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ، على الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ، مطبعة مصطفى محمد .

٦٦ — فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية. رسالة دكتوراه لعلى أحمد مرعى مكتوبة بالآلة الضاربة .

(ق)

٦٧ — قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، لمحمد بن أحمد ابن جزى الغرناطى المالكى . مطبعة دار العلم للملايين ببيروت .

(ك)

٦٨ — كشاف اصطلاحات الفنون ، للتهانوى .

٦٩ — كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى .

٧٠ — كشف الأسرار ، لعبد العزيز البخارى ، على أصول فخر الإسلام على بن محمد بن حسين البزدوى ـ مطبعة الشركة الصحافية العثمانية .

٧١ — كشف المخدرات والرياض المزهرات ، وشرح أخصر المختصرات ، لعبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلى ثم الدمشقى ، المطبعة السلفية .

(ل)

٧٢ — لسان العرب ، لابن منصور ، مطبعة دار صادر ودار بيروت .

(م)

٧٣ — المجموع ، للنووى ، شرح المهذب للشيرازى . مطبعة العاصمة .

٧٤ — محاضرات فى عقد الزواج وآثاره للشيخ محمد أبى زهرة ، دار الاتحاد العربى للطباعة .

٧٥ — المحرر فى الفقه ، لأبى البركات ، مطبعة السنة المحمدية .

٧٦ — المحلى ، لعلى بن أحمد بن سعيد بن حزم ، مطبعة الإمام وطبعة أخرى بالطباعة المنيرية .

٧٧ — مختار الصحاح ، لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى .

٧٨ — المختصر النافع فى فقه الإمامية ، لجعفر بن الحسن الحلى المتوفى سنة ٦٧٦هـ مطبعة دار الكتاب العربى بمصر، وطبعة أخرى بمطبعة النعمان بالعراق .

٧٩ — المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا . مطبعة دار الفكر بدمشق .

٨٠ — المدخل للفقه الإسلامى ، للأستاذ عيسوى أحمد .

٨١ — المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، رواية سحنون ابن سعيد التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم العتقى . مطبعة السعادة .

٨٢ — المسند للامام أحمد بن حنبل ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى . مطبعة دار المعارف .

٨٣ — المصباح المنير ، لأحمد بن على المقرى الفيومى .

٧٤ — المعتمد ، لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى . المطبعة الكاثوليكية ببيروت .

٨٥ — مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج ، للشيخ محمد الخطيب الشربينى ، مطبعة الإستقامة .

٧٦ — المغنى ، لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة ، على مختصر الخرقى ، مطبعة سجل العرب ، وطبعة أخرى بمطبعة المنار .

٨٧ — المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات لمحمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ . مطبعة السعادة .

٨٨ — المنتقى فى تاريخ التشريع الإسلامى ، للدكتور محمد أنيس عبادة . دار الطباعة المحمدية .

٨٩ — منتهى الإرادات ، لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار ، طبع دار الجيل .

٩٠ — منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ، للدكتور عبد السميع أحمد إمام مطبعة حسان .

٩١ — المهذب ، لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى .

٩٢ — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، دار الكتاب اللبنانى ببيروت .

٩٣ — الموخر فى أصول الفقه ، للشيخ عبد الجليل الفرنشاوى وآخرين . مطبعة السعادة .

(ن)

٩٤ — النخبة النبهانية ، للشيخ محمد بن خليفة النبهانى ، مطبعة مصطفى محمد .

٩٥ — نصب الراية لأحاديث الهداية ، لعبد الله بن يوسف الزيلعى . مطبعة دار المأمون .

٩٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٩٧ — نيل الأوطار ، لمحمد بن على الشوكانى ، المطبعة العثمانية المصرية ، وطبعة أخرى بمطبعة مصطفى البابى الحلبى .

(و)

٩٨ — الوجيز ، لحجة الإسلام الغزالى ، مطبعة حوش قدم .

فهرست

الموضوع	الصفحة
تقديم البحث	٣ ، ٤

المقدمة ٥ — ٥٢

العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة قديما والنظر إليها من وجهة نظر إسلامية .	٧
الزواج عند العرب قبل ظهور الإسلام .	٩
معنى الزواج فى اللغة العربية .	١٣
معنى النكاح فى اللغة العربية .	١٣
اختلاف العلماء فى تفسير قوله تعالى: «الزانى لاينكح إلا زانية أومشركة»	١٤
حقيقة النكاح عند الفقهاء المسلمين .	١٥
معنى المشترك اللفظى والمشترك المعنوى . (بالهامش)	١٥
بعض العلماء يمنع وجود المشترك فى اللغة (بالهامش)	١٦
معنى المتواطىء والمشكك (بالهامش)	١٦
الفرق بين الاشتراك والتواطؤ	١٧
دليل القائلين بأن النكاح مشترك بين العقد والاتصال الجنسى	١٧
« « « « « من الألفاظ المتواطئة	١٩
« « « « « حقيقة فى الاتصال الجنسى مجاز فى العقد	١٩
« « « « « « فى العقد مجاز فى الاتصال الجنسى	٢٠
فائدة الخلاف بين العلماء فى هذه الجزئية .	٢٣
التعريف بالنكاح فى اصطلاح الفقهاء .	٢٤
تعريف عقد الزواج عند الشافعية .	٢٥
التعريف بالعقد فى اللغة العربية واصطلاح الفقهاء .	٢٥
تعريف عقد الزواج عند الحنفية	٢٧

الموضوع	الصفحة
هل الزوج يملك الاستمتاع بزوجته أو يملك ذات الزوجة فى ناحية الاستمتاع	٢٨
المراد بالملك عند بعض الفقهاء هو الحل ، لا الملك الشرعى	٢٨
تعريف عقد الزواج عند المالكية .	٢٩
لا يصح عقد الزواج إلا من جائز التصرف	٣٠
خلاف العلماء فى صحة عقد الزواج من المحجور عليه لسفهه	٣٠
سبب شرعية الزواج .	٣٠
الأدلة على مشروعية الزواج .	٣١
آراء العلماء فى صفة الزواج الشرعية .	٣٣
أدلة الرأى القائل بوجوب الزواج على كل قادر على الاتصال الجنسى ومؤن الزواج	٣٧
دليل القائلين بأن الزواج فرض كفائى .	٣٩
« « « « واجب كفائى .	٤٠
« « « « « عينى عملى .	٤٠
أدلة « « « مستحب .	٤١
« « « « من الأمور المباحة .	٤٣
الزواج يعتريه الوجوب ، والاستحباب ، والتحريم ، والكراهة ، والإباحة لحالات خاصة .	٤٧
متى يكون الزواج واجبا .	٤٧
إذا وجب الزواج ، فهل قيام الرجل بالواجب يتحقق بالعقد أم لا بد من الاستمتاع بالزوجة .	٤٩
متى يكون الزواج مستحبا .	٥٠
« « « محرما .	٥٠
« « « مكروها .	٥١
« « « مباحا .	٥٢

الموضوع الصفحة

الفصل الأول

الخطبة وأحكامها ٥٣ — ٩٧

معنى الخطبة	٥٤
معنى التصريح والتعريض بالخطبه .	٥٥
المواضع التى يجوز فيها التصريح بالخطبة أو التعريض بها أو يحرم .	٥٦
إذا توفرت ثلاثه أمور يجوز خطبة المرأة تصريحا وتعريضا .	٥٦
لايجوز التصريح المعتدة بالرغبة فى زواجها .	٥٧
أنواع المعتدات ، وحكم التصريح بالخطبة لهن أو التعريض .	٥٧
جواب المرأة أو وليها يأخذ حكم الخطبة .	٥٩
لوصرح الرجل بالخطبة أو عرض حيث حرم التصريح والتعريض ثم بعد إنتهاء العدة عقد عليها .	٦٠
حكم الخطبة على الخطبة .	٦٠
حكم خطبة المسلم على خطبة الكافر ؟	٦٢
شروط تحريم الخطبة على الخطبة .	٦٤
أراء العلماء وأدلتهم فيما إذا لم يصرح بإجابة الخاطب أورده .	٦٤
الظاهرية يرون جواز الخطبة على الخطبة إذاكان الثانى أفضل للمرأة فى دينه وحسن صحبته ، ودليلهم والرد عليهم	٦٨
الغيبة محرمة ولكنها تباح بستة أسباب (بالهامش) .	٧٠
من الذى يعول عليه فى رد الخاطب وإجابته	٧١
الحكم فى خطبة المرأة على خطبة امرأة أخرى .	٧٣
آراء العلماء فى أثر الخطبة المحرمة فى عقد الزواج .	٧٤
حكم النظر إلى من يريد خطبتها .	٧٦

الموضوع	الصفحة
المراد بالشهوة	٧٦
تحريم النظر الى المرأة عند الخوف من الفتنة بإجماع العلماء	٧٦
خلاف العلماء فى النظر إلى وجه المرأة عند عدم الخوف من الفتنة وكان النظر لغير شهوة	٧٧
المرأة يجوز لها أن تنظر إلى ماعدا ما بين السرة والركبة من الرجل، ودليل ذلك، والرد على من قال: لايباح للمرأة أن تنظر إلى رجل أجنبى	٧٧
جماهير العلماء ترى جواز النظر عند إرادة الزواج .	٧٨
فقهاء الشافعية يرون أن النظر عند إرادة الزواج مندوب .	٨٠
دليل من قال لايجوز للخاطب أن ينظر إلى شىء من المرأة والرد عليه .	٨٠
ماذا يفعل الخاطب لولم يتيسر له النظر .	٨٠
هل يجوز للخاطب أن يوكل غيره فى النظر إلى المرأة .	٨٠
هل يجوز للخاطب أن ينظر إلى أخت المخطوبة بدلا منها .	٨١
لايجوز للخاطب أن يمس شيئا من جسم المخطوبة .	٨٢
شروط جواز النظر إلى من يريد الزواج منها .	٨٢
خلاف العلماء فى الموضع الذى يجوز له أن ينظر إليه .	٨٣
جمهور العلماء يرون جواز النظر إلى الوجه والكفين .	٨٣
البعض يرى جواز النظر إلى مواضع اللحم من جسم المرأة	٨٤
الظاهرية يرون جواز النظر إلى جسم المرأة كله .	٨٤
الحنابلة يرون جواز النظر إلى مايظهر من جسم المرأة غالبا .	٨٤
لمن أراد الزواج تكرار النظر إلى المرأة وتأمل محاسنها ليعرف مقدار ماعندها من الجمال .	٨٥
هل يجوز للرجل أن ينظر إليها بشهوة ؟	٨٦
لايجوز للرجل أن يخلو بمن يريد خطبتها .	٨٦
هل يجوز النظر من غير إذنها أو إذن وليها .	٨٧

الموضوع	الصفحة
جمهور العلماء يرون جواز النظر بدون إذن، وأدلتهم .	٨٧
المالكية يرون كراهة إستغفال المرأة بالنظر إليها من غير علمها أو علم وليها .	٨٨
حكم نظر المخطوبة إلى الخاطب .	٨٩
ما الذى ينبغى للخاطب أن يفعله إذا لم تعجبه المرأة	٨٩
آراء العلماء فى استرداد الهدايا إذا فسخت الخطبة	٩٠
من الذى يلزم بدفع أجرة كاتب الوثيقة	٩٧
هل يجوز دفع أجرة للشاهدين ؟	٩٧

الفصل الثانى

الركن الأول فى عقد الزواج : الصيغة ٩٩ - ١٥٢

معنى الركن والشرط فى لغة العرب واصطلاح العلماء .	١٠٠
العلماء مختلفون فى عد أركان عقد الزواج وشروطه	١٠١
لماذا جعل الغزالى الفاعل ركنا فى بعض المواضع ولم يجعله ركنا فى العبادات .	١٠١
لماذا يعد الشافعية الشاهدين ركنا واحداً لا ركنين (بالهامش)	١٠١
الأسباب التى أدت إلى اختلاف العلماء فى عد أركان الزواج	١٠٣
عقد الزواج عقد لازم لايجوز الخيار فيه .	١٠٥
المهر لايعد ركنا من أركان عقد الزواج ، ودليل ذلك .	١٠٥
الركن الأول من أركان عقد الزواج : الصيغة .	١٠٦
معنى الصيغة وخلاف العلماء فى معنى الإيجاب والقبول .	١٠٦
آراء العلماء فى عقد الزواج إذا صدر من الهازل .	١٠٨
آراء العلماء فى الألفاظ التى ينعقد بها الزواج وأدلتهم	١١١

الموضوع | الصفحة

الرأى المختار فى الألفاظ التى ينعقد بها عقد الزواج . ١٢٤
شروط صيغة عقد الزواج . ١٢٥
لايجوز زواج المتعة . ١٢٦
معنى زواج المتعة . ١٢٦
بم ينتهى زواج المتعة عند الشيعة الإمامية . ١٢٧
القرآن الكريم دل على حرمة الزواج المؤقت . ١٢٧
السنة تبين أن المتعة كانت رخصة ثم نسخ حكمها وأصبحت محرمة
إلى يوم القيامة : ١٢٨
العلماء مختلفون فى الدليل الذى نسخ جواز المتعة . ١٢٩
الدليل العقلى على عدم صحة الزواج المؤقت . ١٢٩
بعض الروايات تفيد أن بعض المسلمين كانوا يفعلون المتعة بعد موت
رسول الله والتعليل لهذا . ١٢٩
متى أبيحت المتعة وحتى حرمت . ١٣٠
مايستند إليه الشيعة الإمامية فى بقاء إباحة المتعة والرد عليهم . ١٣٠
بعض الروايات تفيد رجوع ابن عباس عن رأيه فى إباحة المتعة
وبعضها يفيد عدم رجوعه . ١٢٣٣
هل يقام حد الزنا على من تزوج زواج المتعة واتصل جنسيا بزوجته. ١٣٤
حكم ما إذا تزوج إنسان زواجا مطلقا وهو ينوى فى داخل نفسه
أن لايمكث مع زوجته إلا مدة معينة . ١٣٤
حكم الكناية فى صيغة عقد الزواج : والكناية فى المعقود عليها . ١٢٥
حكم عقد الزواج بغير اللغة العربية ، آراء العلماء ومايستندون إليه ،
والرأى المختار . ١٣٦
حكم عقد الزواج بإشارة الأخرس . ١٣٨
حكم عقدالزواج بالكتابة،آراء العلماءومايستندون إليه،والرأى المختار ١٣٩

حكم التوكيل فى عقد الزواج . ١٤١
حكم عقد الزواج بعاقد واحد ، آراء العلماء فى ذلك وما تستند إليه
هذه الآراء . ١٤٢
رأى الشافعية فى توكيل الولى وكيلا يتولى أحد طرفى العقد ، ويتولى
الولى الطرف الآخر ، ورأيهم فى توكيله وكيلين أحدهما للإيجاب
والآخر للقبول . ١٤٥
هل يحتاج العاقد الواحد ـ عندمن يجيزون عقده ـ إلى ذكر الإيجاب القبول ١٤٦

الفصل الثالث

الركن الثانى فى عقد الزواج : المحل ١٥٣ - ١٧٢

المقصود بالمحل ولم يعد ركنا من أركان عقد الزواج ؟ ١٥٤
شروط الزوج . ١٥٤
اختصاص الرسول صلى الله عليه وسلم بالزيادة فى عقد الزواج على
أربع زوجات ، واختلاف العلماء فى الحكمة فى تحبيب النساء إلى الرسول
صلى الله عليه وسلم . ١٥٥
آراء العلماء فى مرض الزوج ، هل يكون مانعا من عقد الزواج ١٥٦
سبب الاختلاف بين العلماء فى اعتبار المرض مانعا من صحة عقد الزواج
أو عدم اعتباره . ١٥٧
يجب أن ينظر فى حال المريض الذى يريد الزواج . ١٥٨
آراء العلماء فى صحة عقد الزواج من المحرم بالحج أو العمرة . ١٥٩
سبب اختلاف العلماء فى صحة عقد الزواج من المحرم بالحج أو العمرة ١٦٠
أدلة الآراء فى هذه المسالة ، والمناقشة ، والرأى الراجح . ١٦٠
شروط الزوجة . ١٦٦

الموضوع	الصفحة
إذا خطب الرجل امرأة ، وسمى له غيرها فى عقد الزواج .	١٦٧
آراء للعلماء فى الزواج باليهوديات والنصرانيات ، وأدلتهم ومناقشتها ، والرأى المختار	١٦٨

الفصل الرابع

الركن الثالث فى عقد الزواج : الولى ١٧٣ - ٢٥١

معنى الولاية ، وأقسامها .	١٧٤
أسباب ثبوت الولاية .	١٧٥
الحالات التى يجوز فيها لرئيس الدولة أن يزوج المرأة .	١٧٦
من هو الولى فى الزواج .	١٧٦
هل يصح للمرأة أن تتولى عقد الزواج ، آراء العلماء فى ذلك .	١٧٧
تحقيق رأى المالكية فى تولى المرأة عقد الزواج .	١٧٩
معنى الشريفة وغير الشريفه عند المالكية .	١٧٩
مايراه المالكية فى زواج الشريفة وغير الشريفة .	١٨١
تحقيق رأى الإمام داود بن على الظاهرى فى تولى المرأة عقد الزواج	١٨٧
براهين جمهور العلماء فى عدم صحة عقد الزواج بعبارة المرأة . ومناقشتها ، والإجابة عليها .	١٩٠
أدلة الرأى القائل بأنه يصح للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد الزواج والرد عليها .	٢٠٨
دليل الرأى القائل بصحة عقد الزواج إذا عقدته المرأة على زوج كفء والرد على هذا .	٢١٥
خلاف العلماء فيمن تولى عقد زواج رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم سلمة رضى الله عنها (بالهامش) .	٢١٥

الموضوع	الصفحة

دليل الرأى القائل بصحة عقد الزواج بعبارة المرأة إذا أجازه الولى أو الحاكم . والرد على هذا الدليل . ٢١٦
دليل الرأى القائل بصحة عقد الزواج بعبارة المرأة إذا كانت ثيبا وعدم صحته إذا كانت بكرا ، والرد على هذا الدليل . ٢١٩
دليل الرأى القائل بصحة عقد الزواج بعبارة المرأة إذا أذن لها وليها فى ذلك ، وعدم صحته إذا لم يأذن لها ، والرد على هذا الدليل . ٢١٣
الرأى المختار فى مسألة عقد الزواج بعبارة المرأة . ٢٢٥
شروط الولى . ٢٢٥
آراء العلماء فيما إذا عقد الصبى عقد الزواج . وما تستند إليه . ٢٢٨
آراء العلماء فى شتراط صفة العدالة فى الولى ، وأدلتهم . ٢٢٩
أولى الناس بتزويج المرأة ، آراء العلماء فى ذلك وأدلتهم، والرأى المختار ٢٣٢
من الأحق بالولاية على المرأة بعد الأب ؟ آراء العلماء وأدلتهم ، والرأى المختار . ٢٣٣
آراء العلماء فى ولاية الابن على أمه ، وأدلة كل رأى ومناقشتها ، ٢٣٦
هل لغير العصبات من الأقارب ولاية على المرأة فى الزواج ؟ آراء العلماء ومايستند إليه كل رأى . ٢٤٠
إذا وجد أولياء كلهم من درجة واحدة ، فمن الذى يزوج المرأة منهم ؟ ٢٤٠
إذا زوج المرأة وليها الأبعد مع وجود وليها الأقرب ، آراء العلماء ودليل كل رأى . ٢٤١
إذا عقد وليان على المرأة عقدى زواج لرجلين ، آراء العلماء فى ذلك ، وأدلتهم ، والرأى المختار . ٢٤٣
إذا كان الولى الأقرب غائبا فهل يجوز للولى الأبعد أن يزوج المرأة ؟ آراء العلماء وأدلتهم . ٢٤٦
حدود المسافة التى يعتبر فيها الولى غائبا ، آراء العلماء ، والرأى المختار . ٢٤٧

الموضوع | الصفحة

من الذى يزوج المرأة التى ليس لها الولى . ٢٤٩
هل حاكم البلد الذى ليس قاضيا له حق ولاية تزويج المرأة التى ليس لها ولى ، آراء العلماء . ٢٥٠

الفصل الخامس

ولاية الإجبار ٢٥٣ — ٢٧٨

معنى الإجبار ٢٥٤
آراء العلماء فى إجبار الأب لابنته البكر الصغيرة على الزواج ، وأدلتهم ٢٥٤
هل يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة — عند من يجيز تزويجها — آراء العلماء فى ذلك ، وأدلتهم . ٢٥٥
هل يجوز للأب تزويج ابنته البكر البالغة العاقلة بغير استئذانها ؟ آراء العلماء ، وأدلتهم . ٢٥٧
هل يصح عقد الزواج إذا أجبر الرجل ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج ؟ آراء العلماء فى ذلك ، وأدلتهم ، ومناقشة الأدلة . ٢٥٩
آراء العلماء فى تزويج الثيب البالغة العاقلة من غير استئذانها ،وأدلتهم . ٢٦٧
آراء العلماء فى تزويج الثيب التى لم تبلغ ، وأدلتهم . ٢٦٨
متى تعتبر المرأة ثيبا ؟ آراء العلماء فى بعض الصور وأدلتهم . ٢٦٩
بأى شىء يحصل الإذن من الثيب والبكر والدليل على ذلك . ٢٧١
المراد بسكوت البكر . ٢٧٢
إذا بكت البكر ولم تتكلم ، هل يعد ذلك رضا منها ؟ ٢٧٢
ابن حزم الظاهرى يرى أن البكر إذا تكلمت لا يعد ذلك رضا منها ، بل لا بد أن تسكت ٢٧٣

الموضوع | الصفحة

المالكية يرون أن البكر التى رشدها أبوها لا يكفى سكوتها بل لا بد من أن تتكلم كالثيب . ٢٧٣

بعض أصحاب الشافعى يرون أنه يكفى سكوت البكر البالغة العاقلة إذا كان الولى هو الأب أو الجد ، ولا بد من نطقها إذا كان الولى غير الأب أو الجد ، وتعليلهم . والرد عليهم ٢٧٤

لو عادت البكارة إلى الثيب . ٢٧٤

تزويج المجنونة إذا كانت بكرا صغيرة . أو ثيبا بالغة . ٢٧٥

تزويج المجنون إن كان غير بالغ ، أو بالغا . ٢٧٧

الفصل السادس

عضل الولى ٢٧٩ — ٢٩٥

معنى العضل . ٢٨٠

بم يحصل العضل . ٢٨٠

لو طلبت المرأة تزويجها بأقل من مهر مثلها ، فمنعها وليها من ٢٨١
الزواج ، هل يكون عاضلا أم لا ؟ آراء العلماء ، وأدلتهم . ٢٨١

من الذى يزوج المرأة إذا عضل الولى الأقرب ، هل الولى الأبعد أم هو الحاكم . آراء العلماء ، وأدلتهم . ٢٨٢

إذا أرادت المرأة كفئا وأراد أبوها كفئا آخر ، فهل له أن يزوجها منه أم لا ، آراء العلماء وما تستند إليه . ٢٨٣

معنى الكفاءة فى لغة العرب ، وعند الفقهاء . ٢٨٤

سند اعتبار الكفاءة فى الزواج . ٢٨٤

هل الكفاءة شرط من شروط عقد الزواج ، آراء العلماء وأدلتهم ، والرأى المختار . ٢٨٤

الموضوع	الصفحة
لورضى بعض أولياء المرأة بترك الكفاءة .	٢٨٦
إذا زوج المرأة وليها الأقرب رجلا غير كفء لها ، فهل الولى الأبعد الحق فى فسخ عقد الزواج ، آراء العلماء ، ومايستند إليه كل رأى .	٢٨٨
شروط الكفاءة .	٢٨٨
هل المال معتبر فى صفات الكفاءة .	٢٩٥

الفصل السابع

الشهادة فى عقد الزواج ٢٩٨ — ٣٢٠

آراء العلماء فى الشهادة فى عقد الزواج ، وأدلتهم ، ومناقشتها ، والرأى المختار من هذه الآراء .	٢٩٩
شروط الشاهدين .	٣٠٧
آراء العلماء فى اشتراط الإسلام فى الشاهد إذا كان الزوج مسلما والزوجة يهودية أو نصرانية ، وأدلتهم ، والرأى المختار .	٣٠٨
هل يصح عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين ، آراء العلماء ، وأدلتهم ، ومناقشتها .	٣١٢
هل تشترط عدالة الشاهدين ، آراء العلماء فى ذلك ، وأدلتهم ومناقشتها ، والرأى المختار .	٣١٥
لو تبين بعد عقد الزواج أن الشاهد فاسق . آراء العلماء ومايستند إليه كل رأى	٣١٦
بم يبين فسق الشاهد .	٣١٧
هل يؤثر اعتراف الفاسقين بالفسق .	٣١٨
لو اعترف احد الزوجين بفسق الشاهد .	٣١٨
هل ينعقد الزواج بابنى الزوجين ، وعدويهما ، آراء العلماء ، ومايستند إليه كل رأى	٣١٩